

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 27 – Numéro 1-2

Année : 1996-1997

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12855>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12855>

Page vide laissée intentionnellement.

DE L'EXPERTISE JUDICIAIRE DANS LE CADRE DU PROCÈS CRIMINEL ET DE LA RECHERCHE DE LA VÉRITÉ : QUELQUES RÉFLEXIONS	1
Par Pierre PATENAUDE	
POUR UNE DISTINCTION ENTRE L'EXPÉRIMENTATION THÉRAPEUTIQUE ET L'EXPÉRIMENTATION NON THÉRAPEUTIQUE	49
Par David N. WEISSTUB Simon N. VERDUN-JONES	
L'« EXPÉRIMENTATION » ET LES « SOINS INNOVATEURS » : L'ARTICLE 21 C.C.Q. ET LES AFFRES DE L'IMPRÉCISION.....	89
Par Robert P. KOURI Suzanne PHILIPS-NOOTENS	
FAUTE MÉDICALE: PREUVE PAR PRÉSUMPTIONS DE FAIT ET EXONÉRATION	139
Par Pierre NICOL	
L'AFFIRMATION DE L'ACTION DIRECTE DU TIERS LÉSÉ EN ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ.....	171
Par Annick GUÉRARD-KERHULU	
Commentaires	
RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN POUR UN DIAGNOSTIC ERRONÉ : COMMENTAIRE DE L'AFFAIRE « MASSINON » C. « GHYS »	309
Par François TÔTH	
DE LA PRÉSUMPTION D'IDENTITÉ DE L'AL. 258(1)C DU CODE CRIMINEL ET DE L'EFFET DU MÉTABOLISME SUR LE TAUX D'ALCOOLÉMIE : L'AFFAIRE « R. » C. « ST-PIERRE » [1995] 1 R.C.S. 791	319
Par Pierre PATENAUDE	
L'ÉLABORATION D'UN CODE DE DÉONTOLOGIE EN MÉDIATION : UNE RÉFLEXION ...	327
Par Pierre RENAUD	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DE L'EXPERTISE JUDICIAIRE DANS LE CADRE DU PROCÈS CRIMINEL
ET DE LA RECHERCHE DE LA VÉRITÉ : QUELQUES RÉFLEXIONS

Auteur(s) : Pierre PATENAUDE

Revue : RDUS, 1996-1997, volume 27, numéro 1-2

Pages : 1-47

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12850>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12850>

Page vide laissée intentionnellement.

DE L'EXPERTISE JUDICIAIRE DANS LE CADRE DU PROCÈS CRIMINEL ET DE LA RECHERCHE DE LA VÉRITÉ : QUELQUES RÉFLEXIONS

par Pierre PATENAUDE*

ABSTRACT

I. Scientific expertise and the adversarial system

Lawyers consider science a means of attaining professional ends. They will select or reject experts and evidence according to the needs of their clients.

Indeed, Douglas M. Lucas, then director of the Centre of Forensic Science of Toronto once wrote :

«The scientist must learn, or at least accept, that the judicial process is not a search for truth in the scientific sense, but rather a search for truth as defined by one or the other of the adversaries»¹

So the role of the expert in court is a difficult one because of pressures from the attorney who hires the expert, and because of a strong tendency to identify with the side on whose behalf one is working.

This is disturbing : should not the expert assist the judge in the quest for truth? Should we not protect the autonomy of the scientist so that his research may be done with complete impartiality?

*. Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur tient à remercier spécialement M. André Münch et M. Jean A. Morin, retraités du Laboratoire de sciences judiciaires et de médecine légale du ministère de la Sécurité Publique du Québec pour l'accès aux documents en leur possession et pour leurs commentaires ainsi que le British Council et l'Université de Sherbrooke pour leur appui financier.

1. Douglas M. Lucas, «The Ethical Responsibilities of the Forensic Scientist : Exploring the Limits», (1989) 34 J. Forensic Sci. 719 à la p. 722.

Would the Continental legal system be preferable, where the judge appoints experts of his or her choice?

II. The status of forensic laboratories

Most forensic laboratories are under direct administration of the police. In Quantico, the F.B.I. national academy is headed by police administrators and staffed with policemen; in Lyon, the *Direction centrale de la police judiciaire* has an equivalent status. Elsewhere, we may have forensic laboratories with greater autonomy : the Forensic Science Service in Britain and Quebec's *Laboratoire de sciences judiciaires et de médecine légale* are autonomous agencies; nevertheless they are subject to the general authority of the Home Office or the *Ministère de la sécurité publique* respectively.

One should not overlook the fact that subjectivity is present even in forensic research. To substantiate this, I look at what is considered as one of the most reliable and objective forms of forensic evidence, namely fingerprinting.

If subjectivity can affect the decision of the fingerprint expert, what does this bode for other forensic sciences such as writing identification, spectographic evidence, psychology, psychiatry or even anthropology where subjectivity has a more important role?

Indeed, we know that organizational philosophy can sometimes affect subjectivity. A forensic scientist who has always worked for the prosecution in a Center devoted to police work, having knowledge of the case in issue, working in a building shared with police administrators, being submitted to a superior who has devoted his professional life to police enquiry, such an expert is in an ideal situation to become biased. We would never accept such a situation for a judge. Yet we know that the forensic expert's evidence is often determinative.

How can we rectify this situation, at least partially?

III. Assessing complex scientific evidence

In *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*² the Supreme Court of the United States suggested that judges should use scientific methods to evaluate the value of a science. It has indicated that peer review should be considered very important :

«Widespread acceptance can be an important factor in ruling particular evidence admissible, and a known technique that has been able to attract only minimal support within the community ... may properly be viewed with skepticism».

In that decision, at least utilization of «grille d'analyse», a method, a test, has been imposed upon lower courts to determine admissibility. It has been stated that validity may affect not only weight, but also admissibility.

In Canada, pertinent evidence is normally admissible. Nevertheless a judge may declare inadmissible certain scientific evidence if he is convinced, during *voir-dire*, that its probative value is weak and that to receive such evidence would be greatly detrimental or cause important prejudice.³ Yet the Supreme Court has not established any *grille d'analyse* to determine the validity and probative value of novel scientific evidence.

Would it not be preferable to have a pre-established *grille d'analyse* [key of interpretation or method] imposed along with a requirement that it be shown that such method has indeed been followed? In other words would it not be preferable that a formalised system of legally enforceable controls on the admissibility of such expert evidence be put in place?

And shouldn't the judge always be assisted by a court-appointed expert in this task?

2. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 113 S. Ct. 2786 at p. 2797 (1993) (cert. denied 116 S. Ct. 189 (1995)).

3. *R. v. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9.

This expert would not have had the prior instruction to find everything he could to win a client's case. He would, as a general rule, be much more impartial than the parties' experts.

This court-appointed expert would have to submit a written report which would be handed over to both parties; he would be questioned and confronted by them. The judge's attention would be drawn to the questionable parts of the expertise. He would then be able to limit his study to certain specific points. Thus, the search for truth would be better served.

And the advantages of both cross-examination in the adversarial system and the presence of an impartial judge-appointed expert as in the continental system would be present.

Conclusion

The creation in universities of autonomous forensic laboratories from which prosecution, police, defense and judges could seek assistance, the presence of impartial experts to assist judges in complex scientific litigation, the preservation of the right to cross-examination, the establishment of international committees of certification are some of the recommendations which, we submit, merit consideration.

SOMMAIRE

Introduction	7
I- De l'indépendance de l'expert dans le cadre du système contradictoire	8
II - De l'évaluation d'une preuve scientifique complexe dans le cadre du système contradictoire	16
A. Le droit canadien	19
B. Le droit américain	25
III - De la situation en droit européen continental : l'indépendance de l'expert	31
A. La procédure pénale de l'Europe continentale (bref survol)	31
B. L'expertise	32
IV- Quelques suggestions pour assurer une meilleure objectivité des experts et une efficience accrue	37
V - De l'indépendance institutionnelle des centres d'expertise en criminalistique appliquée	40
A. L'exemple de la preuve d'empreintes digitales	42
B. L'indépendance institutionnelle	45
VI- De la création de comités d'agrément ou d'accréditation	46
Conclusion	48

Introduction

Le climat n'est pas au beau fixe dans les relations entre les experts en criminalistique appliquée (forensic scientists), en sciences judiciaires, tant au niveau civil que pénal, et les juristes, tant avocats que juges. D'ailleurs, plusieurs erreurs judiciaires causées soit par la méprise, soit par l'incompétence ou la tromperie des témoins experts¹ ou encore par l'incompréhension (incompé-

-
1. Pensons aux cas classiques des Guilford Four et des Birmingham Six en Angleterre, ainsi qu'au cas de l'expert Alan Clyft, en Écosse, expert «forensique» qui dut démissionner après qu'on eut constaté que ses «expertises» erronées avaient amené la condamnation d'innocents; à l'affaire Gregory en France; aux affaires relatives à l'explosion de la Tour de la place World Trade Center et de la mauvaise identification de l'auteur de l'explosion de la bombe d'Atlanta, ainsi que celle d'Oklahoma City, dépendant des résultats de laboratoire (erreurs qui amenèrent un important remaniement de personnel aux laboratoires du FBI); ainsi qu'à l'affaire médiatico-judiciaire O.J. Simpson aux États-Unis, et, plus près de nous, à l'affaire Guy-Paul Morin, en Ontario (expertise de fibres). Au civil, mentionnons l'*Affaire Berthiaume c. Val Royal La Salle*, [1992] R.J.Q. 76, affaire relative à la mousse isolante d'urée formaldéhyde; un expert avait fondé son témoignage sur des articles dont elle n'avait lu que les résumés apparaissant sur ordinateur. Le juge Hurtubise écrit d'ailleurs à son sujet : «Se contenter de repérer de la sorte peut dénoter une habileté technique mais certes pas une démarche scientifique sérieuse et achevée, pour parler par euphémisme» (p. 162). et, à propos de cette «experte», il explicite : «Nous déplorons et dénonçons cette attitude irresponsable de la D^{re} Sherman. À vrai dire, la cour a perdu confiance en ce témoin qui se refuse ouvertement à accomplir ce devoir d'expert et qui a manifesté au grand jour sa volonté de ne pas éclairer la cour d'une façon honnête et impartiale et de priver la partie adverse de l'exercice de son droit à une défense pleine et entière. Au-delà de l'extrait capital de son rapport que la cour a rayé, ce comportement déteint à nos yeux sur la crédibilité entière du témoin qui nous a semblé davantage un prosélyte qu'un expert impartial» (p. 162). Nous comprenons la récrimination du juge, alors qu'il écrit : «Seul au milieu du champ ... il incombe au juge d'interpréter les témoignages nettement contradictoires que lui ont livrés un très grand nombre d'experts dont certains lui ont semblé hautement préoccupés par le triomphe d'un point de vue ou d'une école de pensée dont ils affichaient le panache» (p. 118). Dans *Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424 (C.A.), monsieur le juge Beauregard avait fait des commentaires dans le même ordre de pensée : «Ces causes de responsabilité médicale posent, outre des questions de droit complexes, des problèmes dont la solution nécessite que le juge ait, sinon des connaissances en médecine, au moins assez de notions scientifiques pour apprécier la force probante relative des témoignages contradictoires des experts. À mon avis, en entreprenant l'étude d'une telle cause, le juge ferait bien pour tout le monde de s'adjoindre un expert indépendant. La longueur de mon délibéré s'explique par la difficulté que j'ai eue à évaluer le témoignage des experts sans l'aide d'un expert indépendant (...) Enfin, même si cela est bien humain, il faut déplorer que certains experts se méprennent sur leur rôle et qu'ils se croient obligés d'épouser la cause de leur client plutôt que de simplement exprimer leur opinion d'une façon objective. Ceci rend

tence ... (!)) des juges et avocats face aux principes sous-jacents aux techniques utilisées par les experts pour fonder leurs conclusions, erreurs qui firent la une des médias, discréditèrent grandement tout le système judiciaire et ternirent la réputation tant des juristes, des policiers que des experts.

Mais d'où viennent cette apparente incompatibilité, souvent même ce climat d'antagonisme et de méfiance, qui caractérisent parfois les contacts entre le prétoire et la science?

À notre avis, le système contradictoire est la cause première de cet état de fait. Nous verrons pourquoi. Les juristes sont donc convoqués à une remise en question de ce système, à tout le moins lorsque l'expertise est requise.

Puis, l'indépendance même de l'expert doit être mieux assurée pour garantir son impartialité : indépendance tant au point de vue individuel qu'institutionnel. Et là, c'est toute la structure du travail de l'expert qui est remise en cause.

Sans doute, les forces de l'inertie sont puissantes; la crainte face aux changements est pérenne! Nous savons déjà que modifier les habitudes de travail des professionnels est ardu. Mais la recherche de la vérité, qui doit être le but ultime de la preuve, impose, à notre avis, des changements substantiels.

I- De l'indépendance de l'expert dans le cadre du système contradictoire

L'indépendance de l'expert est souvent mise en question dans le cadre de notre système contradictoire. Dans une récente décision de la Cour d'appel d'Angleterre, relative à l'expertise d'évaluateurs immobiliers, un extrait campe bien le problème de la difficile coexistence de ce système et de l'expertise en preuve :

évidemment plus nécessaire que le juge nomme son propre expert.» (à la p. 2442) Comme quoi plusieurs des problèmes que nous soulèverons quant à l'expertise dans le cadre du procès criminel pourront être transposés au cas de litige civil!

«It was argued that appointment of a court expert was pointless, since it merely meant the instruction of an additional expert whose opinion would carry no more weight than any other.

We feel bound to say that in our opinion this argument ignores the experience of the courts over many years. For whatever reason, and whether consciously or unconsciously, the fact is that expert witnesses instructed on behalf of parties to litigation often tend, if called as witnesses at all, to espouse the cause of those instructing them to a greater or lesser extent, on occasion becoming more partisan than the parties. There must be at least a reasonable chance that an expert appointed by the court, with no axe to grind but a clear obligation to make a careful and objective valuation, may prove a reliable source of expert opinion. If so, there must be a reasonable chance at least that such an opinion may lead to settlement of a number of valuation issues.»²

La présence de l'expert devant les tribunaux se justifie par la recherche de la vérité; il est clair que le témoignage de l'expert n'est recevable que lorsque ce dernier opine sur un sujet sur lequel juges et jurés sont incompetents; ces constatations furent souvent reprises par la Cour suprême du Canada; limitons-nous à deux extraits pertinents :

«Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits sont incapables de formuler. L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire.»³

«Le rôle du témoin expert consiste à mettre à la disposition du jury ou de tout autre juge des faits son opinion d'expert sur le sens de faits établis, ou sur les conclusions à en tirer, dans un domaine où le témoin expert possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits. Il est permis au témoin expert d'exprimer de telles opinions pour

2. *Abbey National Mortgages PLC v. Key Surveyors Nationwide Ltd. and others*, [1996] 3 All E.R. 184 (C.A.) à la p. 191.

3. *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24 à la p. 42.

aider le jury. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une question qui relève des connaissances et de l'expérience du juge des faits, point n'est besoin du témoignage d'un expert et, à ce moment-là, aucune opinion d'expert ne sera admise.»⁴

On comprend donc que l'expert est un auxiliaire du juge des faits, il est présent pour combler l'ignorance de ce dernier sur des questions spécifiques qui sont hors de son art. Le juge, donc, conscient de la complexité de l'affaire dont il est saisi et connaissant ses limites ou encore celles des jurés, accepte le témoignage de l'expert, recourt aux lumières des spécialistes, déroge aux règles générales de preuve relatives à l'irrecevabilité de l'opinion, pour privilégier la recherche de la vérité.

La recherche de la vérité est donc la seule justification de la présence de l'expert au prétoire.

Or, pour que cette dernière soit possible, encore faut-il que l'impartialité de l'expert soit protégée et que celui-ci dispose des meilleures conditions de travail. Pourtant, notre système contradictoire (*adversarial*) répond mal à cet impératif; tout semble mis en oeuvre pour miner l'objectivité et l'impartialité du savant appelé à la barre.⁵

Premièrement, l'expert est celui des parties : il est choisi par le procureur de celles-ci et son témoignage devient une composante importante de sa stratégie : l'expert doit l'aider à gagner sa cause. D'ailleurs, l'avocat veillera à bien préparer le témoignage de «son» expert : il exigera souvent que ce dernier taise certaines nuances qui pourraient s'avérer néfastes à sa cause, qui pourraient amener juge ou jurés à perdre le fil de la structure dialectique de l'argumentation et surtout, le plaideur fera parfois taire le doute! Il ressort d'ailleurs d'une étude

4. *La Reine c. Béland et Phillips*, [1987] 2 R.C.S. 398 à la p. 415.

5. O. Hilton, *Ethics and the Document Examiner Under the Adversary System*, [1976] 21 J. Forensic Sci. 779; E. Tanay M.D., *Money and the Expert Witness : an Ethical Dilemma*, (1976) 21 J. Forensic Sci. 769; J. D. Havard, «Expert Scientific Evidence Under the Adversarial System : A Travesty of Justice», (1992) 32 J. For. Sci. Soc'y. 225.

américaine,⁶ que quarante pour cent (40%) des avocats qui ont répondu au sondage ont mentionné l'indécision, les conclusions nuancées, comme étant l'un des plus grands défauts des experts : souvent le plaideur exigera donc des conclusions péremptoires.⁷

Deuxièmement, il semble bien que certains experts se complaisent dans un rôle partisan qui peut parfois s'avérer fort lucratif.⁸ Cette pratique est devenue tellement courante que plusieurs sociétés professionnelles spécialisées en expertises judiciaires furent contraintes d'adopter des codes d'éthique qui, néanmoins, n'ont aucune force contraignante.⁹

C'est donc à bon escient que le directeur du Centre of forensic science de Toronto écrivait à l'intention des experts en sciences judiciaires :

«The scientist must learn, or at least accept, that the judicial process is not a search for truth in the scientific sense, but rather a search for truth as defined by one or the other of the adversaries.»¹⁰

Évidemment, une telle situation n'est pas propre à améliorer les relations entre avocats et scientifiques. Ces derniers ont souvent une piètre opinion de

-
6. D.W. Shuman; E. Whitaker; A. Champagne, «An Empirical Examination of the Use of Expert Witnesses in the Court-Part II: A three City Study», (1994) 34 *Jurimetrics Journal* 193-208.
 7. A. Galluser, *L'indice matériel comme moyen de preuve : sa valeur et son utilisation par les magistrats*, Thèse de doctorat présentée à l'Institut de police scientifique et de criminologie de l'Université de Lausanne, Lausanne, le 10 octobre 1997, 277 p. aux pp. 25 à 48.
 8. O. Hilton, *supra* note 5 à la p. 780.
 9. O. Hilton, *ibid.*, «Among forensic scientists who are not members of these established professions, the document examiner may be somewhat unique as he does have a written code of ethics ... The fact that the code grew out of this experience is important. The authors had served frequently as expert witnesses employed by litigants eager to gain advantages from this testimony. They had encountered on more than one occasion those of a group of forensic experts who might better be described as forensic science advocates, individuals who endeavor to do the very best they can for their client's case and who in time develop a partial blindness to everything that might seem adverse»; J. L. Peterson & J. E. Murdock, *Forensic Science Ethics Developing an Integrated System of Support and Enforcement*, (1989) 34 *J. Forensic Sci.* 749.
 10. D. M. Lucas, «The Ethical Responsibilities of the Forensic Scientist: Exploring the Limits», (1989) 34 *J. Forensic Sci.* 719 à la p. 722.

ceux-là, les considérant prêts à tout pour gagner leur cause. Mais que dire maintenant de certains juristes qui affublent les témoins experts de qualificatifs peu flatteurs tels que «saxophones» (signifiant qu'ils jouent le morceau que l'avocat leur commande) ou «hired guns».¹¹ Cette soumission du scientifique aux directives du juriste n'est certes pas un incitatif à une participation des meilleurs scientifiques.¹²

«Lawyers frequently consider forensic science a utilitarian tool to further their professional ends. They will select or reject experts and evidence according to the needs of their client¹³. (...) For the scientists hired by counsel as an expert witness, compromises are made in what evidence is solicited from the witness at the discretion of the attorney, and these militate against the scientist autonomy. After all, it is the attorney who attracts the client, orchestrates a defense or prosecution, and allocates the resources available. The attorney manages the entire case, while the expert witness is one among many role players.»¹⁴

«The adversary system casts the expert witness in a partisan role. Counsel tries to extract a slanted picture from the witness, and, on cross-examination, opposing counsel seeks to slant the picture the other way. To the man trained in objectivity, this is a perversion of a quest for truth and justice. That some of his colleagues have adapted successfully to its pressure makes the situation all the more obnoxious to him.»¹⁵

Cette opinion est corroborée par plusieurs écrits provenant des experts en criminalistique.¹⁶ En voici une qui ne laisse pas place à l'interprétation :

-
- 11. Expressions tirées de l'article du doyen J. R. Spencer, «Court Experts and Expert Witnesses: Have we a Lesson to Learn from the French?», (1992) 45 Current Legal Problems, 211 à la p. 220.
 - 12. *Ibid.* à la p. 223. Voir aussi *supra* note 6.
 - 13. M. S. Frankel, «Ethics and the Forensic Sciences: Professional Autonomy in the Criminal Justice System», (1989) 34 J. Forensic Sci. 763 à la p. 764.
 - 14. *Ibid.* à la p. 767.
 - 15. D.V. Cavers, dans *Law and the Social Role of Science*, par H.W. Jones, ed. Rockefeller University Press, New York, 1966, p. 6.
 - 16. D. M. Lucas, *supra* note 10 à la p. 723. «The other-sidedness thought processes of the adversary system can have significant detrimental effects on the desire for impartiality of the scientist, "gamesmanship" is a legitimate function of police and attorneys, and the temptation for the scientist to enter the game is subtle but strong»; J. L. Peterson & J.E. Murdock, *supra*

«... in the atmosphere of courtroom advocacy. There is the ever-present danger of partiality of unconsciously becoming biased if one is not careful, regardless of whether one works in the public service continuously with the investigation of crime and as a witness for the prosecution, or as a consultant in criminal matters dealing primarily with the defense. In other words, being a frequent part of one or another team of advocates can color one's approach to a problem ... Thus, one may become less objective and impartial. Accuracy and the thoroughness may suffer.¹⁷ (...) These men, because of constant work with either prosecution or defense, have lost touch with the fact that all written and oral reports should be technically correct and conservative and strictly in accordance with the physical evidence. There are certain law enforcement examiners who almost never exonerate a suspect, and various defense-oriented experts who fail to report positive identifications of any defendants.»¹⁸

Pouvons-nous, sans sourire, affirmer que ce commentaire relatif à l'expert en écriture n'est pas pertinent à plusieurs autres domaines d'expertise? Pensons, entre autres choses à certaines expertises psychologiques et psychiatriques ...!

Et que dire du contre-interrogatoire souvent marqué du sceau de l'agressivité. Est-il vraiment le moyen privilégié pour que la vérité scientifique éclate?

«Unless he is a rogue or a madman, the most truth-producing way to challenge a scientist is to get him to discuss the matter calmly with another scientist who holds the opposite view, and to give him a chance to reflect quietly on his colleague's opinions before he replies. By contrast, waiting until the scientist has publicly committed himself to a particular view and then making him answer questions off the cuff, under stress, and at a public hearing, is an inefficient method. It makes the stubborn ones dig their heels in when they should concede, and the ones who cannot think on their feet concede points when, given time to reflect upon them, they would see the points were bad.»¹⁹

note 9.

17. O. Hilton, *supra* note 5 p. 779.

18. *Ibid.* à la p. 781.

19. *Supra* note 11 à la p. 223.

Le biochimiste Léo Lavergne du Laboratoire de sciences judiciaires et de médecine légale au ministère de la Sécurité publique de Montréal, en témoignant de son expérience en tant que témoin expert en identification génétique, écrit :

«Dans un autre ordre d'idées, la partie adverse pourrait utiliser une stratégie de confusion qui, par son approche complexe, tentera de faire perdre confiance aux membres du jury en exposant l'ignorance de ces derniers et leur incapacité à juger de faits hautement techniques. Dans une telle situation, l'avocat complexifie ses questions, utilise plus de termes scientifiques et du même coup détruit l'ambiance plus simple et sécurisante qu'avait créée le spécialiste lors de son interrogatoire principal. Pour contrer une riposte de ce genre, le témoin expert devra ramener la terminologie des questions en un vocabulaire accessible au jury, expliquer les nouveaux termes que ces derniers ont entendus, faire le rapprochement avec le témoignage principal s'il y a lieu et, le cas échéant, positionner ces nouveaux concepts dans la problématique globale du message à livrer en répondant à la question. De cette manière, le témoin expert conserve le contrôle sur la valeur de son message, gagne en crédibilité devant le jury qui comprend à nouveau ce spécialiste qui sait s'exprimer et se faire comprendre tout en désamorçant la tactique de l'adversaire. Il va sans dire que toute cette stratégie de communication ne sera vraiment efficace qu'avec des compléments essentiels tels une attitude polie, un débit de voix assez lent permettant à l'interlocuteur de saisir toutes les nuances du discours et un contrôle de ses émotions assorti d'une patience exemplaire.»²⁰

Toutes ces constatations sont justes et fort pertinentes dans le cadre de notre système contradictoire. L'expert, pour que son témoignage porte fruits doit préférablement être un communicateur, un vulgarisateur, toujours conserver un débit de voix assez lent et un contrôle de ses émotions, et ce, dans une atmosphère souvent survoltée alors qu'il est la victime d'un avocat parfois agressif le tourmentant de questions évidemment surnoises dont les réponses

20. L. Lavergne, «Deux aspects de l'identification génétique en médecine légale : la position du généticien dans ce nouvel environnement et l'évaluation de rareté des profils génétiques» dans C. Hennau-Hublet et B. M. Knoppers, *L'Analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1997, 509 p. aux pp. 46-47.

pourraient avoir des conséquences importantes sur l'issue du procès ainsi que sur sa propre réputation. Et de plus, l'expert se voit investi de la tâche de «désamorcer la tactique de l'adversaire».

Mais, si ces qualités sont essentielles au témoin expert, et nous ne doutons pas qu'elles le soient, sont-elles propres à attirer au prétoire les meilleurs savants? Combien d'experts, qui ont passé une longue partie de leur vie en laboratoire, sont vulgarisateurs, éducateurs, psychologues, doués d'un contrôle de leurs émotions? Ne se pourrait-il pas que celui qui saurait présenter la vérité scientifique soit, dans certains cas, un «ours mal léché», allergique au public, souvent importuné d'avoir été retiré de son laboratoire pour s'exhiber au prétoire; qu'il ne puisse quitter son vocabulaire hermétique au profit de celui du peuple? Bref, ce savant, sachant ce qui l'attend, préférera parfois s'abstenir, même si la justice et la vérité risquent d'en pâtir... à moins que le système ne soit modifié pour rendre le prétoire plus accueillant et plus adapté à la science, ce que nous verrons plus loin.

Bref, le système contradictoire est loin d'assurer la qualité, l'indépendance et l'impartialité de l'expert; enfin, nous le verrons, il n'accorde pas aux juges des faits les moyens d'exercer efficacement leur tâche; même si, en théorie, le juge au procès pourrait s'adjoindre un expert de la cour, car ce privilège est, en pratique, fort peu exercé.

Quelques protections minimales contre l'erreur existent, néanmoins, en droit canadien et américain lors de présentation d'une preuve scientifique complexe ou non validée, ce que nous verrons maintenant.

II - De l'évaluation d'une preuve scientifique complexe dans le cadre du système contradictoire

Nous avons déjà eu l'occasion de souligner jusqu'à quel point notre système juridique est inapproprié lorsqu'il confie à un juge la tâche d'évaluer

une preuve scientifique complexe.²¹ On peut comprendre le désarroi des juristes quand la science fait son entrée au prétoire. Nous écrivions en 1992 :

«Déjà le témoignage fondé sur une expertise traditionnelle peut parfois être source de perplexité chez un non initié aux sciences qualifiées, souvent à tort, d'exactes; l'embarras risque d'être encore plus grand lorsque des témoignages contradictoires d'experts aux propos hermétiques sont présentés; enfin, la confusion la plus totale peut résulter de l'apparition en cour de preuves obtenues grâce au recours à des techniques tout à fait innovatrices dont la qualité et la fiabilité n'ont pas encore été consacrées ni par un consensus de la communauté scientifique concernée, ni par des décisions judiciaires.»²²

Lorsqu'arrivent en preuve les fruits de l'utilisation d'une technique tout à fait innovatrice ou encore terriblement complexe et lorsque le juge est confronté à des témoignages d'experts tout à fait contradictoires quant à la validité de ladite technique, il doit trancher. Or, à notre avis, sauf dans de très rares exceptions, il n'en a pas la capacité. Son degré de compréhension n'est pas suffisant, lorsque sa seule formation se résume à des études en sciences humaines et à des années de pratique en droit. Alors, le juge se trouve dans la même situation que les théologiens du Moyen-Âge, qui devaient faire le partage entre deux théories scientifiques opposées. Inutile de mentionner que la justice peut parfois en souffrir...(!)

Le doyen de la Faculté de droit de Cambridge, M. le professeur J.R. Spencer, a déjà écrit, qu'à la limite :

«... the court, having no expert knowledge of its own, is ill-placed to decide between the evidence that it has heard - with the result that the battle of the experts degenerates into a simple beauty contest.»²³

21. P. Patenaude, «La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs fondamentales», Éd. Revue de droit Université de Sherbrooke, 1990, 296 p. aux pp. 145 et ss. P. Patenaude, «Sciences et techniques en preuve : nécessaire réforme du droit civil, indispensable adaptation du système et des acteurs», dans *Développements récents en droit civil* (1992), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1992, p. 77-100.

22. P. Patenaude, «Sciences et techniques en preuve...», *ibid.* aux pp. 93-94.

23. *Supra* note 11 à la p. 224.

Une telle situation est néfaste en droit civil,²⁴ mais elle est encore plus inacceptable en droit criminel, car il peut se présenter des cas où un accusé sera condamné sur la foi d'une expertise mal fondée, de l'utilisation de techniques douteuses.

En outre, lorsque la poursuite fonde sa preuve en partie sur les résultats de l'utilisation d'une technique tout à fait nouvelle, la défense est souvent fortement défavorisée : alors que les dépenses inhérentes à la poursuite émargent au budget de l'État, le prévenu doit souvent assumer lui-même les coûts de la défense. Lorsque la preuve repose sur des éléments obtenus au moyen de l'utilisation de techniques conventionnelles (par exemple, le radar, l'alcootest, les radiographies..., etc.), il est normalement facile de trouver localement des experts pour présenter une contre-expertise. Mais si des moyens techniques innovateurs, nouveaux, ont produit la preuve, la poursuite peut, aux frais du gouvernement, appeler à la barre des témoins le concepteur pour qu'il établisse la validité du principe fondamental, la fiabilité des appareils utilisés ainsi que la compétence des techniciens qui les ont opérés. En revanche, dans certains cas, la défense ne pourra pas faire venir un expert-opposant qui aurait pu présenter une contre-expertise lorsque celui-ci oeuvre dans un endroit fort éloigné du lieu du procès, les finances du défendeur ne permettant pas d'assumer les frais de déplacement et les honoraires du spécialiste.

Dans le cadre d'un rapport d'une commission royale d'enquête australienne, un juge écrivait :

«In many cases, the opinions expressed by the Crown's experts are accepted by the defence. If they are not accepted, the resources of the accused person may well not suffice to enable him to challenge them.»²⁵

La poursuite bénéficie, en outre, des nombreuses ressources des laboratoires de police scientifique, nommés aussi laboratoires de criminalistique

24. P. Patenaude, «Sciences et techniques en preuve : nécessaire réforme du droit civil, indispensable adaptation du système et des acteurs», *supra* note 21.

25. J.R. Morling, *Report of the Royal Commission of Inquiry into the Chamberlain Convictions*, Government Printer, Darwin, Northern Territory, Australia, 1987, rapporté dans D. M. Lucas, *supra* note 10 à la p. 721.

appliquée; les spécialistes de ces instituts sont nombreux, bien équipés et ont des contacts avec les laboratoires de sciences «forensiques» partout dans le monde. Leurs services aux corps policiers et à la poursuite sont gratuits, en ce sens que l'État prend à sa charge les frais de ces centres.

À l'opposé, l'avocat de la défense peut certes avoir recours à des experts indépendants ou à des spécialistes oeuvrant dans les universités; mais aura-t-il, localement, le savant apte à présenter une contre-expertise? Sinon, connaîtra-t-il l'existence d'un spécialiste étranger qui le pourrait? À notre avis, l'État devrait prévoir une aide financière pour assurer à l'accusé l'accès à une telle contre-expertise.

Prenant en considération le caractère souvent déterminant de l'expertise et son effet d'ordinaire péremptoire sur la décision, donc, considérant les dangers d'une expertise mal fondée, M. le professeur Peter Alldridge recommande que l'expertise présentée par la poursuite soit soumise, en voir-dire, à un test analogue à celui imposé lors de confessions extrajudiciaires faites à une personne en autorité :

«One method of generating safeguards would be to provide that the evidence should only be admitted - as in the case of confessions - in the case where the prosecution is able to establish beyond reasonable doubt that each of the appropriate procedures have been adopted.»²⁶

Mais, même dans une telle hypothèse, celui qui aurait à s'assurer de la qualité du travail de l'expert et de la validité du principe sous-jacent à la technique utilisée serait une personne - le juge - totalement ignorante de la science en cause. Nous ferons valoir qu'il serait préférable que ce dernier s'adjoigne obligatoirement un expert de la Cour, pour l'assister dans cette tâche d'évaluation ou mieux, à notre avis, que l'expertise soit *a priori* effectuée par un expert de la Cour, choisi par le juge, comme c'est le cas en Europe continentale.

26. P. Alldridge, «Recognizing Novel Scientific Techniques: DNA as a test case», (1992) Crim. L. Rev. 687 à la p. 698.

Mais voyons auparavant quelle protection accordent les droits canadien et américain à l'accusé, lorsque la poursuite présente les résultats de l'utilisation d'une technique connue depuis peu.

A. Le droit canadien

Au Canada, le juge se réserve le droit d'exclure une preuve fondée sur une technique non validée si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable.

Dans la décision rendue dans l'affaire *La Reine c. Mohan*,²⁷ relative à l'admissibilité d'une preuve d'expert concernant le profil psychologique d'un accusé, le juge Sopinka, au nom de la Cour suprême, établira la règle :

«La pertinence est déterminée par le juge comme question de droit. Bien que la preuve soit admissible à première vue si elle est à ce point liée au fait concerné qu'elle tend à l'établir, l'analyse ne se termine pas là. Cela établit seulement la pertinence logique de la preuve. D'autres considérations influent également sur la décision relative à l'admissibilité. *Cet examen supplémentaire peut être décrit comme une analyse du coût et des bénéfices, à savoir «si la valeur en vaut le coût.»* Le coût, dans ce contexte, n'est pas utilisé dans le sens économique traditionnel du terme, mais plutôt par rapport à son impact sur le procès. *La preuve qui est par ailleurs logiquement pertinente peut être exclue sur ce fondement si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable*, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur, *ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits, en particulier le jury, est disproportionné par rapport à sa fiabilité*. Bien qu'elle ait été fréquemment considérée comme un aspect de la pertinence juridique, l'exclusion d'une preuve logiquement pertinente, pour ces raisons, devrait être considérée comme une règle générale d'exclusion.»²⁸

27. [1994] 2 R.C.S. 9; Commentaires : P. B. Limpert, «Beyond the Rule in Mohan: A New Model for Assessing the Reliability of Scientific Evidence», (1996) 54 U. of T. Fac. Law Review 65; Commentaires : R.J. Delisle, «The Admissibility of Expert Evidence : A New Caution Based on General Principles», (1994) 29 C.R. (4th) 267.

28. *Ibid.* aux pp. 20-21. (Nos italiques)

Donc, le juge peut, dans certains cas, déclarer irrecevable le rapport des résultats de l'utilisation d'une technique ou d'une analyse dite scientifique lorsque la validité du principe fondamental n'est pas établie, que la valeur de la technique utilisée est incertaine, douteuse, et à la condition de lui prouver qu'admettre une telle preuve aurait un impact préjudiciable, surtout si son effet est dommageable à l'accusé, ou encore que sa présentation pourrait induire le juge des faits en erreur, parce que son effet sur lui serait disproportionné par rapport à sa fiabilité.

On comprend, à la lecture de cet extrait, que l'analyse de la valeur probante de cette nouvelle technique ou science devra, en premier lieu, être faite dans le cadre de l'étude préliminaire relative à sa réception ou à son rejet.

Si la preuve en est une présentée par la Couronne, la défense alléguera que, vu la non-consécration de cette nouvelle technique par la communauté scientifique pertinente, sa force probante est faible et que sa réception en preuve risquerait d'influencer indûment le jury ou encore de l'induire en erreur (car ce dernier ne dispose pas des moyens lui permettant d'avoir une approche critique), ce qui risquerait d'avoir un effet très préjudiciable sur l'accusé.

En effet, admettre, à l'appui d'une condamnation, à titre d'expertise, l'opinion d'une personne fondée sur une théorie reposant sur des bases fragiles pourrait, dans certains cas, être fortement préjudiciable à l'accusé, puisque le jury ne peut ordinairement avoir une approche critique face à un scientifique ou à quelqu'un qui se targue de l'être.

Ainsi, dans *R. c. Nielsen*,²⁹ la Cour d'appel du Manitoba souleva ce danger d'admettre des opinions scientifiques fondées sur des principes non validés et ce, particulièrement lorsqu'elles sont présentées par la Couronne. En l'instance, une théorie de l'unicité des empreintes de pieds aurait pu être présentée par un témoin expert. Fort heureusement, elle ne s'aventura pas dans ce domaine, et la Cour émit l'opinion que si elle l'eut fait, cette expertise aurait pu être déclarée irrecevable. On reçut donc le témoignage de l'experte anthropologue en comparaison d'empreintes de pieds, mais on souleva alors que, si elle avait

29. (1985) 16 C.C.C. (3d) 39.

soulevé sa théorie relative à l'unicité desdites empreintes, on aurait déclaré cette partie du témoignage irrecevable.³⁰

Si la preuve en est une présentée par la défense, la Couronne tentera d'établir que son admission pourrait induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits serait disproportionné par rapport à sa fiabilité.

Ainsi, dans *Corporation professionnelle des médecins c. Bortz*³¹ le juge accorda (malheureusement à notre avis) le statut d'expert à un parapsychologue présenté par la défense, mais il jugea néanmoins ses conclusions irrecevables aux motifs suivants :

«Les recherches portant sur la médiumnité conservent une valeur scientifique, mais sans qu'on soit parvenu à en obtenir une accréditation universelle. (...) Il n'entre pas dans les prérogatives du tribunal de consacrer judiciairement l'existence d'une telle science, de sorte que le tribunal ne peut accueillir un tel moyen de défense...»³²

30. *Ibid.* aux pp. 68 et 69. [Nos italiques]. «In the process of giving voir-dire evidence Dr. Robbins expressed the view flowing from her studies, that each individual has a unique footprint; that a combination of factors consisting of measurements and contours will be sufficient to provide absolute identification. Whether this view is scientifically correct is open to question. There is simply not enough data and not enough scientific study of that data to establish the validity of Dr. Robbin's opinion. There are grave dangers in allowing evidence to be tendered under the rubric of scientific opinion when its authenticity is still moot ...» «... Dr. Robbins did come before the court as a genuine expert in terms of drawing comparisons between different prints and noting similarities. She demonstrated how measurements could be made and what measurements are significant. She observed the oddities of shape and the contours of markings which will assist in an identification. (...) Expertise ... is invaluable in a multitude of technical procedures, including the measurement of footprints and the identification of similarities in shape. *So long as Dr. Robbins confined herself to the area of technical expertise without the gloss of a scientific theory around it, then her testimony was wholly admissible.* In fact, such was the nature of her testimony. When she testified before the jury, she described the measurements she had taken to compare the footprints made by Nielsen in paint on brown paper with the footprints etched in blood. She described unique features or characteristics which appeared in both prints, *but she shied away from advancing a scientific theory that the footprints of no two human beings could be the same.*».

31. [1987] R.J.Q. 2675.

32. *Ibid.*

En l'instance, Bortz avait été poursuivi pour pratique illégale de la médecine. Il soutenait, en défense, qu'il n'était pas l'auteur de l'intention reprochée, puisqu'il était sous l'influence des êtres d'un autre monde, qu'étant en transes hypnotiques, il n'agissait que comme un médium et ne servait que comme intermédiaire entre son «patient» et des êtres d'un autre monde. Son avocat tenta de présenter une preuve qu'il qualifiait de «scientifique» fondée sur une «science» occulte définie comme étant le phénomène de la médiumnité. Malheureusement, à notre avis, le juge accepta d'accorder le statut d'expert à un parapsychologue, (!) mais fort judicieusement, selon nous, il refusa d'admettre son témoignage.

En droit canadien, la décision rendue dans l'affaire *Mohan* a, à tout le moins, réitéré la règle à l'effet que le juge peut rejeter une preuve dont la réception causerait un préjudice disproportionné par rapport à sa force probante. Mais, cette décision fut silencieuse quant aux normes à suivre pour décider de la validité d'une technique auréolée, à tort ou à raison, du qualificatif de scientifique. La Cour jugea que le juge du procès avait eu raison d'exclure l'opinion de l'expert à l'effet que l'accusé ne possédait pas certaines caractéristiques distinctives propres aux individus ayant une propension à commettre le crime imputé en l'instance :

«Les profils de groupe décrits par l'expert n'ont pas été considérés *suffisamment fiables* pour être utiles. *En l'absence d'indices de fiabilité*, on ne pouvait pas dire que la preuve serait nécessaire au sens où elle clarifierait utilement une question qui serait autrement inaccessible, ou que la valeur qu'elle pourrait avoir ne serait pas surpassée par la possibilité qu'elle induise le jury en erreur ou le détourne de ses tâches. Compte tenu de ces conclusions... je dois conclure que le juge du procès a conclu à juste titre que, du point de vue juridique, la preuve était inadmissible.»³³

Mais sur quoi se fonder pour établir le degré de fiabilité d'une nouvelle science ou d'une technique innovatrice? Il y a peu d'indices à ce sujet en droit canadien. Nous espérons que le droit canadien s'alignera sur la décision de la Cour suprême des États-Unis rendue dans l'affaire *Daubert*.³⁴ Mentionnons,

33. *Supra* note 27 à la p. 38. (Nos italiques)

34. Voir plus loin l'étude du droit américain.

avant de terminer, qu'une décision australienne³⁵ en est venue à des conclusions identiques à celles adoptées par les tribunaux canadiens. Dans cette cause, alors que la Couronne avait présenté une identification par A.D.N. à propos de laquelle il y avait eu un débat entre spécialistes de renom, le juge opta pour l'irrecevabilité au motif que les jurés n'auraient pu choisir entre les théories scientifiques avancées.³⁶

35. *Van Hung Tran*, (1990) 50 A. Crim. R. 233.

36. *Ibid.* pp. 241-242-243. «Here, of course, we have the added problem that there is only one result out of four, that it cannot be duplicated and that the accused, of course, is deprived of the opportunity of determining whether the test was accurate and there is no other material, as in *Elliott's* case, to corroborate the findings and it is my view that a jury would not be in a position to determine initially whether there was an upper band or not present. Hunt J., in the same decision said this : "If scientific testing in the particular case is unreliable or if it has a tendency to produce a misleading or confusing impression for the jury, or if the weight to be afforded in the results is so minimal as to preclude the jury being satisfied beyond reasonable doubt, that the Crown has established the fact which it seeks to prove then clearly I have a duty to exclude it from the jury - whether it is a result of ruling that the evidence is inadmissible or whether it is excluded in the exercise of my discretion." In this case certainly it appears to me that the jury could determine whether the lower faint band is a band, but that of itself, as I understand it, would not be adequate data to link the accused with the deceased. Indeed Dr Eastel propounded the view that not only would it not link him but would positively exclude him. Further, there is the added problem of the database from which this material is taken and the question of whether the assumptions, not proven by evidence, are correct assumptions in the circumstances. No-one can really answer that question and that is a further matter that makes these tests unreliable. Whilst I do not wish to be critical of anyone, as I know these matters are very difficult, I believe that because of the views about the presence or otherwise of the upper faint band, and the criticisms of the scientific testing, that to put this evidence before the jury, in my view, would have a tendency to produce a misleading and confusing impression for the jury. Indeed, as I have stated, I am of the opinion that the jury would not be in a position, even given the wide discretion given to juries, to determine the issues and in determining this issue I believe they would be speculating. In any event, even if I were of the opinion that it would be open to the jury to conclude that these were matching bands and they matched the bands of the accused, thereby linking him against a one in 152 coincidental chance, if one accepts that figure, or alternatively one in 87 the state of the evidence is in an unsatisfactory state because of the fact that there is no database for Vietnamese. The question of the difficulties of this sort of evidence has been referred to in the case of *Lewis* (1987) 29 A. Crim. R. 267, and in particular by Maurice J., as he then was (at 271), where he said this : "Forensic evidence, especially if it goes to a vital issue implicating an accused person in the commission of an offence, may often have a prejudicial effect on the minds of a jury which far outweighs its probative value. The jury, being people without scientific training, may often be impressed by an expert's qualifications, appointments and experience and the confident manner in which he expresses his opinion. And yet it ought not be left to such matters alone to provide

B. Le droit américain

Les tribunaux américains se sont, quant à eux, posé très souvent la question du rôle des tribunaux face à une preuve scientifique complexe et innovatrice, ce qui a créé une jurisprudence abondante : les opinions y sont très partagées quant aux préalables à l'admission d'une telle preuve scientifique.³⁷ Depuis 1923, on imposait la preuve d'un consensus de la communauté scientifique concernée relativement à la valeur du procédé avant d'admettre en preuve les résultats d'une technique révolutionnaire. Cette règle avait été élaborée dans l'affaire *Frye c. U.S.*, une cause relative à l'admissibilité des résultats obtenus au moyen du polygraphe.³⁸

Ayant à juger du degré de crédibilité à lui accorder, le tribunal avait élaboré la règle qui a prévalu jusqu'à tout récemment :

«Il est difficile de préciser à quel moment une théorie ou une découverte scientifique passe de l'expérimentation à la démonstration. À l'intérieur de cette zone grise, il faut reconnaître la force probante de la théorie, et bien que les tribunaux acceptent d'emblée les témoignages d'experts basés sur une théorie ou une découverte scientifique reconnue, il faut que ce

a foundation for the jury making an assessment of the probative value of forensic evidence, particularly where there are conflicts in expert testimony, or where it is acknowledged that other experts of more or less equal distinction are unlikely to agree." I think those remarks are very apposite to the problem that confronts me in this case. In any event, if I am wrong in concluding that the jury would not be capable of determining the threshold question that they would have to determine in this case, I would have exercised my discretion to exclude the evidence, bearing in mind that the weight that could be given to that evidence by the jury would, I believe, be outweighed by the corresponding, prejudicial influence which would be on the minds of the jury and which would be out of all proportion to its true evidential value and that, in the circumstances, I would exercise my discretion to exclude the evidence on that basis.»

37. Au sujet du débat relatif aux conditions de recevabilité de la preuve scientifique innovatrice, voir : *Symposium on Science and the Rules of Evidence*, (1983) 99 F.R.D. 187.

38. *Frye c. U.S.*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

fondement scientifique soit suffisamment prouvé pour être accepté de tous dans le domaine particulier en cause.»³⁹

Cette traduction offerte par la Commission de réforme du droit du Canada peut prêter à confusion, le texte original n'indiquant pas que le fondement scientifique devait être accepté de tous, mais bien avoir atteint «a general acceptance» ce qui laissait place à certaines dissidences parmi les scientifiques. L'unanimité n'était donc pas requise, contrairement à ce que semble indiquer la traduction. Constatant que la communauté scientifique n'avait pas reconnu la technique utilisée, le tribunal avait opté pour l'irrecevabilité de ces résultats.

Le temps semble lui avoir donné raison : il appert, en effet, que la technique utilisée par l'expert dans l'affaire *Frye* (*blood pressure detection test*) est aujourd'hui considérée non fiable. Les polygraphistes affirment maintenant que leur instrument ne ressemble aucunement à celui alors employé.⁴⁰ Mais si l'expert avait été alors admis à présenter ses conclusions, le jury aurait-il été apte à découvrir les limites de la technique utilisée en l'instance?

Rapidement, certaines oppositions se sont manifestées face à la rigueur des exigences imposées par le jugement rendu dans l'affaire *Frye*⁴¹ : ainsi, dans l'affaire *U.S. c. Stifel*,⁴² la Cour fédérale d'appel décida que la reconnaissance scientifique n'était pas une question de recevabilité, mais une de crédibilité laissée à l'appréciation du jury.

Elle devait alors décider de la recevabilité de l'analyse par activation de neutrons. Il s'agissait d'une cause de meurtre; un jeune homme avait été tué par une bombe envoyée par courrier. À l'aide de l'analyse par activation

39. Traduction : Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 34, *Les méthodes d'investigation scientifiques*, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984, 186 p. à la p. 27.

40. S. A. Saltzburg, «Frye and Alternatives» dans *Symposium on Science and Rules of Evidence*, 99 F.R.D. 187 à la p. 208.

41. P. C. Giannelli, «The Admissibility of Novel Scientific Evidence: *Frye v. United States*, a Half-Century Later», (1980) 80-2 Colum. L. Rev. 1197. M. McCormick, «Scientific Evidence: Defining a New Approach to Admissibility», (1982) 67 Iowa L.R. 879 à la p. 910.

42. 433 F. 2d 431 (1970).

neutronique, l'expert avait établi que les composantes du colis contenant la bombe (carton - ruban adhésif - métal et étiquettes gommées) provenaient du manufacturier des mêmes biens que ceux stockés dans une réserve à laquelle l'accusé avait eu accès.

Aucune objection n'avait été faite quant à l'admission des examens microscopiques ou du test d'absorption atomique, puisqu'il semblait que ces deux méthodes avaient alors acquis leurs lettres de créance de la communauté scientifique. Cependant, l'appelant avait contesté la présentation de l'analyse par activation de neutrons parce qu'étant, à l'époque, une science innovatrice dont la fiabilité n'avait pas été reconnue par la communauté scientifique.⁴³

L'appelant avait produit en première instance trois experts qui avaient témoigné à l'effet que cette science était trop nouvelle pour être jugée fiable : malgré cela, le juge avait accepté la présentation de cette preuve. En appel, la Cour opina dans le même sens : elle jugea que la technique par activation de neutrons répondait aux exigences élaborées par le jugement rendu dans *Frye*,⁴⁴ de plus, la Cour établit que le degré de reconnaissance scientifique n'était pas une question d'admissibilité, mais une de crédibilité devant être laissée au jury :

«Appellant's witnesses criticism of Scott's test methods were fully developed before the jury and were appropriate for that body's consideration. Such rebuttal evidence went to the weight of Scott's testimony - not to its admissibility.

Further, neither newness nor lack of *absolute certainty* in a test suffices to render it inadmissible in court. Every useful new development must have its first day in court. And court records are full of the conflicting opinions of doctors, engineers and accountants, to name just a few of the legions of expert witnesses.»⁴⁵

43. Watkins and Watkins, «Identification of Substances by Neutron Activation Analysis», 15 Am. Jur. «Proof of Facts» 115, 116-119, (1964) Supplement (1969) 12.

44. *U.S. c. Stifel*, 433 F. 2d 431, 441 (1970); *Frye c. U.S.*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

45. *Frye*, *ibid.* à la p. 438. [Nos italiques].

Notons, de nouveau, que l'emploi de l'expression «absolute certainty» risque d'induire en erreur : ce n'est pas la certitude absolue qui devait, selon *Frye*, être prouvée avant de permettre la présentation des résultats d'innovations scientifiques, ce qui, en matière scientifique est ordinairement impossible; il suffisait de s'assurer *a priori* que la fiabilité de cette technique nouvelle avait été reconnue par consensus de la communauté scientifique concernée.

On constate donc que la règle à l'effet de s'assurer *a priori* d'un certain consensus quant à la valeur du fondement scientifique sur lequel se fonde une expertise ne faisait pas l'unanimité.

Soixante-dix ans après la décision rendue dans l'affaire *Frye*, la Cour suprême des États-Unis eut à décider, dans une affaire *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals inc.*,⁴⁶ si la norme à titre de condition préalable à la recevabilité devait demeurer la preuve du consensus de la communauté scientifique ou plutôt s'il ne s'agissait pas simplement d'un élément affectant la force probante des résultats de la technique. De plus, qui validerait ladite «science» : la communauté scientifique pertinente ou le pouvoir judiciaire? Si la communauté scientifique devait décider, ce serait l'évaluation par les pairs qui deviendrait déterminante. Sinon, ce seraient les juges qui auraient à séparer l'ivraie du bon grain.

La Cour établit alors clairement le pouvoir des juges d'évaluer lesdites «sciences» et de les passer au crible. Elle refusa que l'évaluation des pairs et le consensus de la communauté scientifique soient les seules balises à prendre en considération; néanmoins, la Cour incita les juges à évaluer la «science» contestée selon les méthodes propres aux scientifiques. La majorité élaborait, à cet effet, quatre paramètres pour établir la validité de la «science» et la pertinence du témoignage de l'expert :

- (1) voir si la théorie et la technique à la base de la preuve présentée ont été mises à l'essai, expérimentées et si elles sont trompeuses ou crédibles;⁴⁷

46. 113 S.Ct. 2786 (1993).

47. *Ibid.* à la p. 2796.

- (2) s'assurer qu'il y a eu évaluation par les pairs; qu'il y a eu publication relative à cette nouvelle «science»;⁴⁸
- (3) prendre connaissance du taux d'erreurs inhérent à ladite technique ou «science»;⁴⁹
- (4) voir s'il y a un certain consensus de la communauté scientifique quant à la valeur de ladite technique et quant à la théorie fondamentale.

«Widespread acceptance can be an important factor in ruling particular evidence admissible, and «a known technique that has been able to attract only minimal support within the community»... may properly be viewed with skepticism.»⁵⁰

On constate que ce dernier élément n'est plus qu'un parmi plusieurs et qu'il n'est plus nécessairement le seul facteur de validation : les tribunaux peuvent passer outre à l'évaluation par les pairs et même contester ses conclusions. L'évaluation par les pairs n'est donc plus l'unique facteur décisionnel. Bref, la Cour suprême des États-Unis refusa de déléguer aux savants des sciences dites exactes le pouvoir de décider du statut d'une science devant les tribunaux; le pouvoir décisionnel doit demeurer aux juges.

Mais il n'en demeure pas moins, à notre avis, que les juristes ne doivent accéder à des sciences étrangères qu'avec beaucoup de retenue et reconnaître, qu'en temps normal, seuls les scientifiques versés dans l'expertise à l'étude peuvent réellement juger de la valeur de la technique utilisée. C'est d'ailleurs ce qu'avait reconnu la Commission de Réforme du droit du Canada alors qu'elle avait spécifié dans un document de travail.⁵¹

«Nous pensons que les méthodes qui ne répondent pas aux critères énoncés dans l'affaire *Frye* devraient être mises en doute.»⁵²

48. *Ibid.* à la p. 2797.

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*

51. *Supra* note 39.

52. *Ibid.* p. 27.

D'ailleurs, la raison déterminante de la décision de la Cour suprême des États-Unis reposa d'abord et avant tout sur l'obligation des tribunaux de se soumettre à la loi : en l'instance, l'article 702 des *Federal Rules of Evidence*, tel qu'interprété par la Cour, en conformité avec l'économie générale de cette loi, qui en était une de libéralisation des règles relatives à la preuve, imposait une telle conclusion :

«Here, there is a specific Rule that speaks to the contested issue. Rule 702, governing expert testimony, provides:

«If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise. Nothing in the text of this Rule establishes «general acceptance» as an absolute prerequisite to admissibility (...). The drafting history makes no mention of *Frye*, and a rigid «general acceptance» requirement would be at odds with the «liberal thrust» of the Federal Rules and their «general approach of relaxing the traditional barriers to opinion testimony. (...) Given the Rules' permissive backdrop and their inclusion of a specific rule on expert testimony that does not mention «general acceptance», the assertion that the Rules somehow assimilated *Frye* is unconvincing. (...) That austere standard, absent from and incompatible with the Federal Rules of Evidence, should not be applied in Federal trials.»⁵³

Après avoir ainsi établi qu'il était du ressort des juges de valider la science ou la technique dont les résultats sont présentés au prétoire, le juge Blackburn, au nom de la majorité, reconnut néanmoins au pouvoir judiciaire le droit d'exclure les résultats d'une «science» ou technique jugée non valable.

Mais voilà! Alors que les tribunaux inférieurs américains sont, à notre avis, privilégiés d'avoir ainsi reçu une grille d'analyse pour effectuer le partage entre l'ivraie et le bon grain, il demeure que le magistrat à qui échoit le devoir de ce faire n'a habituellement pas les connaissances suffisantes pour effectuer ce choix, surtout s'il a à faire face à des spécialistes qui semblent convaincus de

53. *Supra*, note 46 à la p. 2794.

la valeur de leurs conclusions et de l'aberration des conclusions des experts de la partie adverse et si, dans le cadre de ce contentieux, ils se fondent sur des principes d'une science inconnue du juge, en utilisant souvent un langage hermétique, propre à cette science.

Sommes-nous tellement loin du Moyen-Âge, alors que des théologiens versés dans leur science s'arrogeaient le droit de juger la valeur de théories scientifiques tout à fait étrangères à leur art et étaient convaincus de la qualité de leur travail? Ils refusaient alors de remettre le système établi en question. Pourtant, on constate aujourd'hui les nombreuses erreurs qui découlèrent de leurs analyses et les injustices qu'ils commirent.

Puisque la quête de la vérité est le but ultime du droit de la preuve, si une réforme de ce dernier et des institutions peut améliorer la recherche de la justice et de la vérité, nous devons l'entreprendre même si elle risque de modifier substantiellement les habitudes et de diminuer les sources de revenus des avocats et des témoins experts. À ce titre, l'étude d'autres systèmes de droit peut s'avérer bénéfique.

III - De la situation en droit européen continental : l'indépendance de l'expert

La situation est fort différente en Europe continentale et, à notre avis, nous aurions intérêt à nous en inspirer.

Commençons par une présentation sommaire de la procédure pénale des pays les plus proches du Québec, tant par la langue que par la culture : la France, la Suisse et la Belgique. Il serait fastidieux d'en présenter une étude détaillée : d'autres l'ont fait avec brio.⁵⁴

Nous nous attarderons ensuite au statut de l'expert judiciaire et à ses relations avec la justice.

54. *Procédures pénales d'Europe*, sous la direction de M. Delmas-Marty, P.U.F. 1995, 638 p.; Fennell, Phil, *Criminal Justice in Europe: a Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 404 p.; Mueller, Gerhard; Le Poole-Griffiths, Fr.; Edwards, John L.I.J., *Comparative Criminal Procedure*, New York, New York University Press, 1969, 252 p.

A. La procédure pénale de l'Europe continentale (bref survol)

Celle-ci contient à la fois des traits du système accusatoire et d'autres du système inquisitoire. La phase préliminaire du procès pénal - la constitution du dossier répressif - est de type inquisitorial, tandis que la phase du jugement est plutôt accusatoire.⁵⁵

Dans une première étape, un juge d'instruction a pour tâche de constater les preuves et indices qui s'élèvent contre le suspect mais aussi les éléments qui plaident en sa faveur. C'est lui qui aura à décider s'il y a matière à procès ou non.⁵⁶ Si oui, l'affaire sera portée devant la cour compétente.⁵⁷ Là, tout comme ici, l'accusé bénéficie de la présomption d'innocence.⁵⁸ Mais un point supplémentaire distingue la procédure criminelle d'Europe de la nôtre : là, le juge a le privilège de contribuer activement à la recherche de la vérité : quoique la charge de la preuve incombe, comme chez nous, dans son intégralité, à la partie poursuivante, le juge peut suppléer aux insuffisances et soulever tout fait de nature à favoriser la manifestation de la vérité.⁵⁹ Voyons maintenant les conséquences sur l'expertise.

B. L'expertise

Au niveau de l'instruction, le juge, pour décider s'il y aura poursuite ou non, peut s'adjoindre des experts. Ceux-ci ne représentent aucune partie, ils

55. H. D. Bosly, *Éléments de droit de la procédure pénale*, Académia-Bruylant 1996, 312 p. à la p. 10.

56. Quelques variantes existent : ainsi, en droit belge, contrairement au droit français, le juge d'instruction ne décide pas s'il y a matière à procès. Cette décision est prise par un autre juge, celui qui préside la Chambre du Conseil.

57. Entre la phase de l'instruction et celle du procès, il peut, selon les pays, y avoir d'autres étapes : ainsi, en Belgique, quand le juge d'instruction estime que son enquête est terminée, le dossier est soumis à huis clos à la Chambre du Conseil où un juge statuera sur le sort de l'instruction : soit d'arrêter les procédures, soit de porter l'affaire devant la juridiction de jugement.

58. Article 6 §2 de la *Convention européenne des droits de l'homme*; M. Delmas-Marty, *supra* note 54 pp. 470-471; 508-509; 517-522.

59. C. Hennau et J Verhaegen, *Droit pénal général*, Bruylant, 1991 à la p. 103.

sont, du moins théoriquement, dégagés de toute pression extérieure.⁶⁰ Ils peuvent accomplir leur tâche en toute objectivité. Cependant, en pratique, on a parfois constaté que des liens trop étroits existaient entre le parquet et les experts. En outre, tout comme chez nous au stade de l'enquête, l'absence des parties peut être source d'injustice⁶¹ : en effet, le prévenu n'a pas à cette étape, le pouvoir de contester la fiabilité des techniques utilisées;⁶² il pourrait donc arriver que la décision relative à la «suffisance de charges», justifiant le renvoi de l'affaire devant une juridiction de jugement, soit fondée sur une preuve scientifique erronée ou insuffisamment validée.⁶³ En outre, lorsque l'affaire sera rendue à l'étape du procès, il se pourrait que l'indice trouvé sur les lieux de l'infraction soit disparu ou encore qu'il ait été détruit par la première analyse, ce qui pourrait rendre la contre-expertise impossible.⁶⁴ Tous ces inconvénients existent d'ailleurs chez nous : le suspect n'est pas présent lors de l'enquête précédant la poursuite; ici aussi, le tout est secret et non contradictoire.

C'est donc au niveau du procès, que le droit européen est particulièrement intéressant.

60. J. Van Compernelle, La désignation, la mission et la fonction de l'expert dans *L'Expertise* (J. Gillardin & P. Jadoul), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1994, 105 à la p. 124.

61. M.-N. Verhaegen, «L'identification par l'analyse génétique dans le système de preuve pénale belge» dans *L'Analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, sous la direction de C. Hennau-Hublet et B M. Knoppers, Bruylant, Bruxelles, 1997, 509 p. à la p. 147.

62. *Ibid.* aux pp. 178 et 214.

63. *Ibid.* aux pp. 184 et 214. Il semble aussi que l'on retrouve un certain lexisme des magistrats face au rapport d'expertise. Suite à un sondage adressé aux magistrats suisses. Alain Gallusser constate : «Une dernière hypothèse est que le rapport d'expertise est généralement mal compris par le magistrat et les conclusions ne sont pas toujours conformes aux attentes du magistrat. Les critiques principales adressées aux experts concernent surtout le jargon technique. Les juges ne lisent pas tout le rapport, mais uniquement la conclusion. Les juges préfèrent les conclusions catégoriques aux probabilités. Ils n'apprécient pas les conclusions trop nuancées.» Gallusser, *L'indice matériel comme moyen de preuve : sa valeur et son utilisation par les magistrats*, *supra* note 7 aux pp. 135-136.

64. *Ibid.* aux pp. 185 et p. 216. M.-N. Verhaegen, *op. cit.* note 61 à la p. 216. L. Fettweis, À propos du caractère contradictoire de l'expertise pénale, dans Jean Gillardin & Pierre Jadoul, *L'expertise*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1994, 96.

Le juge peut alors s'adjoindre un ou plusieurs experts; il les choisit et leur assure, du moins en théorie, une indépendance complète. En Allemagne, le spécialiste reçoit même le qualificatif, non pas d'expert, mais «d'aide-du-juge». ⁶⁵ Là où plusieurs laboratoires d'expertises judiciaires existent, le juge du procès peut très bien confier le mandat à un centre distinct de celui qu'avait approché le juge d'instruction. Ainsi, à titre d'exemples, en Belgique, le juge peut recourir au Laboratoire de police judiciaire qui, évidemment, est du ressort de la sécurité publique; mais s'il veut une plus grande garantie d'objectivité, l'Institut national de criminologie et de criminalistique, qui dépend du ministère de la Justice lui est accessible; enfin, s'il le préfère, il peut avoir recours aux spécialistes des universités ou des entreprises privées. En Suisse, il y a mieux! Là, il existe de nombreux laboratoires «forensiques» mais on y trouve aussi un Institut de police scientifique et de criminologie rattaché à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne dont l'indépendance institutionnelle assure une meilleure garantie d'objectivité.

Quoique l'État prenne les frais de l'expertise à sa charge, ils sont d'ordinaire considérés comme des frais de procédure et tomberont à la charge de l'accusé s'il est condamné. ⁶⁶

Évidemment, le rapport préparé par les experts nommés par le juge doit être remis aux parties et il est soumis à la contradiction des débats, car les juges ne peuvent fonder leur conviction que sur des éléments qui ont pu faire l'objet d'un débat contradictoire. ⁶⁷ D'ailleurs, l'exigence de la contradiction fait partie de la notion de procès équitable garantie par l'article 6§1^{er} de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, de plus, le paragraphe 6§3^e de la même *Charte*, assure à toute personne accusée

65. J. H. Langbein, «The German Advantage in Civil Procedure», (1985) 52 U. of Chi. Law Rev. 823 à la p. 835.

66. M. Franchimont, A. Jacobs & A. Masset, *Manuel de procédure pénale*, éd. collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1989, 1157 p. aux pp. 567-68.

67. A. de Nauw, «Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge», [1990] *Revue de droit pénal et de criminologie* 705 à la p. 715; *supra* note 55 à la page 208; *supra* note 66 à la page 502.

d'une infraction, le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge.⁶⁸

En outre, dans une affaire *Bönisch*,⁶⁹ la Cour de Strasbourg a reconnu qu'il y avait eu violation de l'article 6 § 1 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* car un fort déséquilibre avait existé lors du procès «en raison de la différence entre les places respectives de l'expert désigné par le tribunal et de l'expert-témoin de la défense». De plus, la Cour avait constaté en l'instance que «la défense n'avait guère (eu) de chance d'obtenir la nomination d'un contre-expert».

Cette décision devra, à notre avis, être suivie de changements importants dans la conduite des tribunaux, car il semble bien que certains juges aient parfois été portés à protéger «leur» expert et à bloquer le plaideur qui, par ses questions, aurait mis en doute les conclusions de celui-là. De plus, comme les juridictions

68. Au civil, aussi la situation peut être intéressante pour nous : par exemple, en Belgique, les parties peuvent s'entendre sur la nécessité de faire effectuer une expertise, et ce, avant même de paraître devant le tribunal. Lors de désaccord sur les conclusions de l'expert, le juge pourra s'adjoindre son propre expert. *Code judiciaire belge*, Procédure civile, art. 962 et ss. Feittweis, *Droit judiciaire privé* (5^e éd.), Presses universitaires de Liège, 1980, n^{os} 310 à 316 bis. Le professeur Feittweis écrit au sujet du caractère contradictoire de ladite expertise : «Le caractère contradictoire de l'expertise constitue l'une de ses caractéristiques essentielles. Une expertise qui n'aurait pas été réalisée de manière contradictoire devrait être écartée (...). Diverses règles sont prévues en vue d'assurer le caractère contradictoire de l'expertise : les parties doivent être convoquées non seulement à la première réunion mais aussi à toutes les opérations d'expertise, à moins que les parties n'aient dispensé l'expert de les en informer. L'expert doit demander aux parties de prendre position sur ce point lors de la première réunion (...) les experts doivent attendre les parties et faciliter leur conciliation (a. 972 al. 3) (...). En toute hypothèse, les parties doivent être entendues contradictoirement, c'est-à-dire en présence l'une de l'autre (...). Les experts ont l'obligation de faciliter la conciliation des parties (a. 972 al. 3) (...) L'article 980 vise le cas où plusieurs experts ont été nommés. En ce cas, leur travail est collégial et leur rapport doit être leur oeuvre commune. En pareille hypothèse, il est généralement désigné un expert rapporteur, chargé de procéder à certaines recherches matérielles préliminaires, de réunir la documentation, de préparer le projet des préliminaires puis celui de la seconde partie du rapport. L'expert qui exprime un avis différent ne doit pas nécessairement garder l'anonymat; il peut en prendre la responsabilité. En toute hypothèse, en cas de divergence d'avis, le juge peut décider de les entendre en audience (art. 987) et, à ce moment, chaque expert devra défendre son propre point de vue.» Voir : Feittweis, *Droit judiciaire privé*, aux n^{os} 312, 316 et 316B.

69. C.E.D.H. arrêt *Bönisch c/Autriche*, 6 mai 1985 série A, N^o 92 SS 33 et 34. Voir : A. Kohl, Implication de l'article 6, alinéa 1^{er} C.E.D.H. en procédure pénale, J.T. 1988 p. 435 N^o 8.

de fond statuent essentiellement sur des dossiers préétablis par les juges d'instruction, certains allèguent que l'inculpé se trouve parfois démuni face à la conviction du juge déjà acquise sur la culpabilité.⁷⁰ Enfin, on souligne que ce droit de contestation ne peut effectivement être exercé, lorsque l'objet de l'expertise a disparu ou que, à la suite des manipulations, il a subi de profondes modifications,⁷¹ ce qui peut parfois être le cas, entre autres, lors d'analyse d'A.D.N.

Bref, en Europe tout comme ici, on doit accorder à la défense une égalité des armes en matière d'expertise, sinon les droits fondamentaux de la défense à un procès équitable pourront être bafoués.⁷²

Il est symptomatique de constater qu'alors que notre système contradictoire est fort contesté quant au statut de l'expertise,⁷³ les collègues européens semblent plutôt satisfaits de leur système : ainsi, en France, la Commission justice pénale et droits de l'homme, présidée par la professeure Mireille Delmas-Marty, après avoir suggéré plusieurs réformes à la procédure pénale, jugea fort satisfaisant le système d'experts nommés par la Cour,⁷⁴ en Italie⁷⁵ et au Portugal,⁷⁶ lors de réformes substantielles qui incorporèrent à leur droit plusieurs éléments propres à notre système contradictoire, le législateur maintint néanmoins le système d'experts nommés par la Cour.

70. A.L. Feittweis, *La charge de preuve en droit pénal belge et la présomption d'innocence*, dans *Les droits de la défense en matière pénale*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1985, pp. 134-157.

71. *Supra* note 61 à la p. 216; L. Fettweis, À propos du caractère contradictoire de l'expertise pénale, *op. cit.* note 64.

72. F. Golgüklü, Le procès équitable et l'administration des preuves dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, 1992, p. 1365.

73. Voir entre autres écrits : *supra* note 11; *supra* note 26; «Forensic Science and Expert Evidence», (1994) 21 *Journal of Law and Society* 136; *supra* note 65; L. Fettweis, *supra* note 71; J. D. Havard, *supra* note 5.

74. Commission justice pénale et droits de l'homme, *La Mise en état des affaires pénales*, (1990) voir à la p. 197.

75. *Nuovo Codice di Procedura Penale*, (1988) a. 220.

76. *Código de Processo Penal*, (1987) a. 158.

Que pouvons-nous tirer de cette courte présentation du rôle de l'expert en droit continental européen? Y aurait-il des leçons à tirer de l'expérience de ces pays pour améliorer notre droit. Peut-être, mais à la condition, selon nous, de juxter aux pratiques de l'Europe continentale, les garanties de notre système contradictoire. Voyons donc...»

IV- Quelques suggestions pour assurer une meilleure objectivité des experts et une efficience accrue.

Force est de constater que le spécialiste choisi par le juge est libéré des pressions provenant des parties : le risque que son objectivité soit affectée par son désir de voir «sa partie» gagner «sa cause» y est absent. Sa tâche n'y est que la recherche de la vérité, sans se soucier des résultats.⁷⁷ Néanmoins, nous l'avons vu, le droit étudié nous semble lacunaire quant à l'expertise au niveau de l'instruction : puisque, à ce niveau, la procédure est essentiellement écrite, secrète, et non contradictoire, l'absence des parties peut être source d'injustice. Les Pays-Bas ont, semble-t-il, trouvé la solution à cette lacune : le juge d'instruction doit aviser par écrit le prévenu de l'endroit et de l'heure où l'expertise sera effectuée. Ce dernier, ou son avocat, ainsi qu'un expert de son choix, pourront y être présents. De plus, dans les quinze jours qui suivent la remise du rapport d'expert, le prévenu peut demander au juge d'instruction de désigner un autre expert pour effectuer une contre-expertise.⁷⁸

Ensuite, le pouvoir de contester les conclusions de l'expert nous semble essentiel à la recherche de la vérité. La France assure ce droit depuis l'adoption du *Code de procédure pénale* de 1960 : quatre possibilités sont offertes à ce titre :

- L'article 165 dudit code permet aux parties de demander à la Cour d'enjoindre à l'expert du tribunal d'effectuer des analyses spécifiques supplémentaires. S'il y a refus, le requérant peut porter appel.⁷⁹

77. *Supra* note 11 à la p. 211; *supra* note 65.

78. *Supra* note 61 à la p. 216.

79. Une garantie similaire au niveau de l'instruction est accordée en Belgique depuis l'adoption, le 10 juillet 1997, de la *Loi relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction*. (Voir l'art. 14) [3^e session, 49^e législature].

- Lors de la réception du rapport d'expertise, les parties sont appelées à le commenter. Elles peuvent alors demander d'autres expertises ou même la nomination d'un autre expert. Il y a possibilité d'appel lors d'un refus.
- Lors du procès, l'article 168 prévoit la présence de l'expert et l'obligation de justifier ses conclusions. Alors le président peut lui transmettre les questions posées par les procureurs; il peut aussi permettre que les questions lui soient directement adressées.
- Enfin, la défense peut présenter à la barre son propre expert, qui pourra offrir une contre-expertise.

Selon le doyen Spencer, cette dernière alternative est cependant peu utilisée car :

«In the first place, legal aid is not available to pay for private expert... Secondly, a private expert, unlike a contre-expert appointed by the juge d'instruction, does not have access to the clues and exhibits; thus defendants will usually try to challenge the expertise by pressing for a contre-expertise and calling a private expert is a course of last resort.»⁸⁰

En fait, on devrait toujours permettre à la défense l'accès aux indices et aux détails concernant l'expertise.

À ce sujet, le professeur Alldridge écrivait fort justement :

«If no effective monitoring takes place, or if the defence does not have a full description of the manner in which the tests are carried out, it does not really matter what provisions are made for the exclusion of evidence.»⁸¹

Il nous semble que, chez nous, le compromis suivant améliorerait grandement la situation, tout en gardant l'essentiel du système contradictoire et,

80. *Supra* note 11 à la p. 232.

81. P. Alldridge, «Recognizing Novel Scientific Techniques: DNA as a test case», (1992) *Crim. L. Rev.* 686 à la p. 698.

en plus, en maintenant le pouvoir décisionnel du juge : la Cour devrait être assistée de son propre expert qui aurait la tâche de rédiger un rapport d'expertise.

Évidemment, au criminel, le juge est habituellement saisi de la cause trop tard pour que son expert puisse effectuer la première analyse : celle-ci fut déjà faite dans le cadre de l'enquête, avant même que des poursuites ne soient initiées. Néanmoins, si le juge est assisté d'un expert de son choix, ce dernier analysera pour lui le premier rapport remis au procureur de la Couronne. Et, en outre, puisque parfois l'expert du juge aura à analyser de nouveau les éléments de preuve, les corps policiers auront tout intérêt à conserver les exhibits, les pièces à conviction, pour assurer la possibilité de cette expertise; à défaut d'avoir eu une telle prudence, leur cause pourrait avorter...!

Chaque partie pourrait continuer à être assistée d'un expert, si elle le désire, pour l'analyse du rapport de l'expert du juge et dans la préparation des questions à lui poser. La confrontation demeurerait; de celle-ci, le juge aurait une meilleure compréhension des problèmes, il pourrait lui-même questionner son expert après avoir pu bien délimiter les sujets à controverse.

Mentionnons néanmoins que, selon les données américaines, le contre-interrogatoire des experts demeure exceptionnel, premièrement parce que la majorité des cas est réglée au moyen de la négociation des plaidoyers (plea bargaining) et que, deuxièmement, ce qui nous semble symptomatique, la défense ne dispose ordinairement pas des moyens de contester les lettres de créance de l'expert et les méthodes employées.⁸²

Évidemment, le spécialiste choisi par le tribunal aurait une préséance découlant du fait que son statut assurerait son objectivité; mais ce statut ne serait pas nécessairement garant de la qualité de son travail et l'assurance d'un contre-interrogatoire devrait demeurer. On pourrait, cependant, envisager la possibilité d'adresser les questions au juge qui les transmettrait à l'expert, évitant ainsi l'agressivité caractéristique des contre-interrogatoires traditionnels.

82. J. L. Peterson & J. E. Murdock, *Forensic Science Ethics : Developing an Integrated System of Support and Enforcement*, (1989) 34 J. Forensic Sci. 749 à la p. 750.

Enfin, il est évident que le grand danger d'un système où l'expert est nommé par le juge réside dans le fait que le scientifique peut avoir trop de pouvoir et détenir *de facto* le pouvoir décisionnel; mais ici, il s'agit plus d'une question ayant trait au statut du juge et à son professionnalisme : il doit demeurer le maître de la décision et s'il abdique son rôle, il le fera autant face aux experts des parties que face à l'expert de la Cour.

Donc, le juge serait assisté d'un expert de la Cour, sa décision serait peut-être plus éclairée grâce aux lumières de ce spécialiste qui aurait des compétences techniques et scientifiques que le magistrat ne possède pas; mais encore faut-il que cet auxiliaire de la justice ait oeuvré dans des conditions qui assurent son impartialité, ce qui nous amène au point suivant.

V - De l'indépendance institutionnelle des centres d'expertise en criminalistique appliquée

Nous venons de le voir, pour que l'expert se consacre à la recherche de la vérité objective de façon la plus impartiale possible, il importe qu'il soit dégagé de toute pression provenant des parties, qu'elle soit financière ou psychologique. À cet égard, il est, en outre, nécessaire qu'il ne soit pas influencé indûment par son employeur et qu'il ne soit pas soumis à des pressions institutionnelles. Il doit bénéficier de la liberté scientifique la plus large possible.

Or, il appert que, presque partout, les experts en criminalistique appliquée oeuvrent dans le cadre de laboratoires d'État sous le contrôle, soit de corps policiers (pensons au F.B.I. National Academy à Quantico, Virginie, ou encore au Laboratoire de la Gendarmerie royale du Canada, à Ottawa), soit d'un ministère responsable de la sécurité publique (telles la Sous-Direction de la police technique et scientifique, située à Ecully, France, qui relève du ministère de l'Intérieur, section Direction générale de la police nationale, ou encore le Laboratoire de sciences judiciaires et de médecine légale, qui relève du ministère de la Sécurité publique du Québec). La direction de ce dernier allègue qu'il jouit d'un statut autonome; mais aucun texte légal (loi ou règlement) ne l'assure. Ce laboratoire est donc soumis, quoiqu'on puisse dire, aux directives finales du ministère de la Sécurité Publique du Québec et, dans une situation exceptionnelle, il ne dispose d'aucune protection formelle contre

une possible ingérence. Dans un même ordre d'idées Peterson et al.⁸³ ont publié les résultats d'un sondage qui révèle que 80% des laboratoires de police scientifique («forensic science laboratories») d'Amérique du Nord étaient intégrés aux forces policières ou à des bureaux des procureurs de la poursuite. Il y a plus : 30% des membres desdits laboratoires étaient des officiers de police. On comprend que 57% des laboratoires qui ont répondu au sondage de ces auteurs aient rapporté qu'ils refusaient d'effectuer des analyses pour la défense.

Or, connaissant le caractère souvent déterminant au procès du témoignage de l'expert «forensique», n'est-il pas inquiétant de constater le peu d'autonomie des centres où se font les analyses? Les autorités ne peuvent-elles pas imposer leur philosophie à leurs employés? Quid du chercheur dont les conclusions seraient trop souvent favorables à la défense? Et que dire de celui qui mettrait en doute les fondements mêmes d'une technique jusque-là trouvée infaillible et utilisée à grande échelle par les corps policiers, reçue par les tribunaux sans questionnement? Ne pourrait-il pas être discipliné ou à tout le moins réduit au silence?

En outre, il ne faut pas oublier qu'il y a place pour la subjectivité et l'erreur, même lors d'utilisation de techniques jugées par plusieurs quasi infaillibles et que, en conséquence, la mentalité des experts en sciences judiciaires ainsi que la philosophie des centres où ils oeuvrent peuvent parfois avoir certaines conséquences sur leurs conclusions.

A. L'exemple de la preuve d'empreintes digitales

Rendons notre démonstration exigeante : il eut été facile de prouver la possibilité d'erreur causée par la subjectivité dans l'emploi de techniques peu exactes (telles que l'identification visuelle de la voix, ou celle de la signature). Non! Confrontons nos constatations à une technique jugée très fiable et très concluante par les tribunaux : la preuve dactyloscopique (c'est-à-dire celle d'empreintes digitales).

83. J.L. Peterson, S. Mihajlovic et L. Bedrosian, «The Capabilities, Uses and Effects of the National's Criminalistics Laboratories», (1985) 30 J. Forensic Sci. 10-23.

Dans certains pays, une identification formelle n'est établie que si le nombre minimal de minuties correspondantes (c.-à-d. points de similitude) a pu être mis en évidence; ainsi, au Danemark, le nombre minimal de points sera de 10; de 16 en Grande-Bretagne. Christophe Champod constate cette disparité et les conséquences qui en découlent :

«Cela signifie paradoxalement qu'une empreinte présentant 12 minuties en Grande-Bretagne n'a aucune valeur identificatrice effective, alors que dans la majorité des autres pays, cette empreinte sera formellement identifiée et la preuve introduite dans les tribunaux. Le cas de la France est encore plus étonnant puisque la Prefecture de Paris se fie à la valeur de 17 minuties, alors que la police nationale s'attache à 12 points! Ainsi, un suspect arrêté en province sur la base d'une trace digitale avec 12 minuties pourrait être relaxé à Paris.»⁸⁴

Or, il appert que les États-Unis et le Canada ne requièrent pas un nombre minimum de points et laissent la démonstration de l'identité, et la détermination de la valeur probante de celle-ci, à l'appréciation de l'expert.

Evet et Williams sont deux spécialistes en la matière au Home Office Forensic Science Service à Londres, centre de renommée internationale. Voici quelques extraits d'un de leurs écrits relatifs à la norme britannique qui laissent songeur :

«Probably because of the sixteen points standard, a practice has grown in the U.K. service which the team did not find in the other countries visited. A fingerprint expert will generally reach an inner conviction about the correctness of an identification long before he has found 16 points. His or her subsequent activity will center on establishing that features which are clearly visible in the print can also be seen in the poorer quality mark. The print is used as a guide for scrutinizing the mark. This is called in some quarters «teasing the points out.»⁸⁵

84. C. Champod, *Reconnaissance automatique et analyse statistique des minuties sur les empreintes digitales*, Université de Lausanne, Faculté de droit, 1996.

85. I.W. Evett & R.L. Williams, «A Review of the Sixteen Points Fingerprint Standard in England and Wales», (1996) 46 J. Forensic Ident. 49 à la p. 68.

D'ailleurs, ces auteurs, spécialistes en la matière, indiquent clairement que la dactyloscopie n'est pas une science exacte :

«... the determination of the individual points is subjective and the collaborative study showed that experts vary widely in their judgements of individual points.»⁸⁶

Nous sommes d'autant plus songeur, lorsque nous apprenons qu'au Canada aucune norme relative au nombre minimal de minuties n'existe.⁸⁷

Evet et Williams⁸⁸ avaient envoyé les mêmes empreintes digitales pour fins d'analyse et d'identification à plusieurs laboratoires d'expertises judiciaires renommés. Utilisant les systèmes de recherche automatique d'identification les plus sophistiqués, dont le AFIS (Automatic Fingerprint Identification System), les chercheurs de ces laboratoires eurent à détecter les points spécifiques à chaque empreinte que sont les bifurcations ou les arrêts des lignes papillaires appelées aussi minuties et à les comparer à l'échantillon témoin. Nous avons déjà mentionné que le nombre minimum de points exigés par la justice pour que

86. *Ibid.* à la p. 65. Certains autres opinent d'ailleurs dans le même sens à l'effet que le standard numérique favorise la détection de minuties imaginaires. G.D. Tiller, «Fingerprint Identification in United Kingdom - Do they really need 16 points?», (1983) 6 Can. Ident. Soc. Newsletter, p. 5 à 8.

87. «Historiquement, sous l'influence de Locard (1914) en particulier, la règle quantitative des «douze points» a été admise par une majorité d'États... Dans la réalité, les circonstances de temps, de fait, de lieu, ramènent souvent la population à des dimensions locales et limitent d'autant les probabilités, tout en renforçant la valeur d'identification qu'elles représentent. L'affirmation formelle de l'identité peut donc se faire, en pratique, sur la base d'empreintes qui n'ont qu'un nombre limité de minuties, parfois même 6, 7 ou 8, comme cela est admis dans certains pays (Inde, Afrique du Sud) ou par l'Association internationale pour l'identification. *À la suite de cette résolution, les États-Unis et le Canada ne requièrent plus un nombre minimum de points et laissent la démonstration de l'identité et la détermination de la valeur probante de celle-ci à l'appréciation de l'expert dactyloscopique.* Il est rare qu'une identification soit obtenue avec moins de 7 à 8 points dans ces pays, bien que cela soit théoriquement possible. *Ici, l'éthique de l'expert est importante. Un contrôle de qualité ainsi qu'une confirmation d'une identification par un expert indépendant paraissent essentiels pour garantir que l'identification est justifiée dans ces cas limites.*» [Nos italiques]. P. A. Margot et C. J. Lennard, *Les méthodes de détection des empreintes digitales*, Institut de police scientifique et de criminologie, Université de Lausanne (6^e éd. révisée) 1994, 182 p. aux pp. 8-9.

88. *Supra* note 85.

l'empreinte puisse servir en preuve, varie selon les pays : 16 en Grande-Bretagne et en Italie, 12 en France (17 à Paris), 12 en Suisse et 10 au Danemark...⁸⁹ Les réponses furent fort variables : quelques laboratoires trouvèrent 8 points de convergence, d'autres, jusqu'à 40. Comme quoi, la présumée infaillibilité de l'identification par empreinte digitale dépend de l'interprétation du technicien et de la valeur de l'appareillage. Elle est donc évidemment... faillible! Donc, lorsque les juristes écrivent qu'une identification positive par empreintes digitales est concluante, il serait de mise d'ajouter, à tout le moins, lors du bon fonctionnement d'un appareillage de qualité et en faisant abstraction de l'erreur humaine possible chez le technicien-analyste.

Alors, ne peut-on pas déduire qu'un expert, oeuvrant dans le contexte policier, sous supervision policière, préparé *a priori* par les enquêteurs et informé du dossier, pourrait «étendre son objectivité pour la teinter de subjectivité»?⁹⁰ Et que dire du fait que la preuve par profil génétique, parfois encore plus déterminante pour une déclaration de culpabilité que celle d'empreintes digitales suit une grille d'analyse analogue à cette dernière?⁹¹

B. L'indépendance institutionnelle

L'indépendance institutionnelle nous semble donc essentielle à l'impartialité des chercheurs. L'analogie avec l'exigence de l'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire n'est pas sans intérêt : puisque les conclusions de l'expert sont souvent déterminantes au procès, son autonomie doit être protégée.

89. P. A. Margot et C. Champod, «La preuve dactyloscopique et la preuve par l'A.D.N. : vers une unité de doctrine dans l'évaluation de leur force probante», *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Gauthier*, (1996) Revue pénale suisse, à la p. 233; C. Champod, *Reconnaissance automatique et analyse statistique des minuties sur les empreintes digitales*, Thèse de doctorat, Institut de police scientifique et de criminologie de l'Université de Lausanne, 1996, pp. 2-3.

90. *Supra* note 10 à la p. 725 : «Knowing that a defendant has confessed to the rape murder of a child, how, lawmen wonder, can they be satisfied that the interpretation of the laboratory findings is not in some way colored by that knowledge? Some insist that the scientist should know nothing of the background of an investigation to preclude such possibility.»

91. P. A. Margot et C. Champod, *supra* note 89 à la p. 229.

Le statut de l'Institut de police scientifique et de criminologie de l'Université de Lausanne nous semble répondre à cette exigence d'autonomie : composante de l'Université de Lausanne, rattaché organiquement à la Faculté de droit, il profite de la liberté académique propre aux universités : tant dans la recherche fondamentale qu'appliquée ou dans l'enseignement des sciences «forensique», la liberté scientifique y est protégée.

Si le but de l'expertise est la recherche de la vérité et non le succès de l'inculpation, ne devrait-on pas accorder à chaque centre de criminalistique appliquée une indépendance institutionnelle assurée? Et puisque la recherche doit y être une composante importante, pourquoi ne pas incorporer ces centres à des universités pour garantir la multidisciplinarité? À l'Institut de police scientifique et de criminologie de Lausanne, les facultés de droit, de sciences et de médecine participent, évidemment; mais, on profite aussi de l'impact et de la présence des facultés de sciences sociales (sociologie, psychologie, déviance, statistiques), des Hautes études commerciales (H.E.C.) (informatique) de théologie (éthique) et même de lettres (mathématiques, philosophie).⁹²

Un statut intermédiaire est accordé au Forensic Science Service et au Metropolitan Police Forensic Science Laboratory britanniques.⁹³ Ils sont, depuis 1991, des agences autonomes gouvernementales et peuvent accepter de faire des analyses à la demande soit de la poursuite, soit de la défense. Il semble, cependant, que le changement ait eu des conséquences plus théoriques que pratiques, que la défense ait eu peu accès auxdits services (d'ailleurs, là où il n'y aurait qu'un seul centre de criminalistique appliquée bien outillé, ce qui est le cas du Québec, on comprend que la police serait la première à lui confier un mandat ce qui, en pratique, en bloquerait l'accès à la défense); enfin, il semble, en outre, que les scientifiques à l'emploi de ces services, soient peu portés à mettre en doute les conclusions de collègues⁹⁴ du même service. Donc, la présence de plus d'un laboratoire bien équipé semble nécessaire pour assurer à la défense l'accès à des services de qualité égale à ceux offerts à la poursuite.

92. P. A. Margot et C. J. Lennard, IPSC, Lausanne, 1993.

93. Nous avons déjà mentionné que le Laboratoire de sciences judiciaires et de médecine légale du Ministère de la sécurité publique du Québec est dans une situation à peu près analogue.

94. P. Alldridge, «Forensic Science and Expert Evidence», (1994) 21 Journal of Law and Society, 136 à la p. 139.

Enfin, l'expert n'aidera à la découverte de la vérité que si sa compétence est reconnue et que s'il oeuvre dans un centre dont la qualité est maintenue.

VI- De la création de comités d'agrément ou d'accréditation

Nous avons vu que c'est lorsqu'apparaissent au prétoire les résultats de l'utilisation de nouvelles techniques inusitées, ou de sciences innovatrices, que les tribunaux se trouvent les plus démunis. À qui se fier pour savoir, premièrement, si le principe fondamental sur lequel repose la technique ou la science est valide et, deuxièmement, pour connaître la valeur des appareils ou des méthodes utilisées? Devrait-il y avoir dans chaque pays un comité d'accréditation qui les validerait?

Comme la plupart des principes fondamentaux des sciences judiciaires sont identiques dans le monde entier, il nous semble qu'il serait préférable que toute nouvelle découverte soit soumise à un centre international d'agrément. Dès 1929, d'ailleurs, une Académie internationale de criminalistique avait vu le jour, dont le siège était à Vienne.⁹⁵ On y prévoyait, à l'article 2 que «L'Académie internationale combattra l'empirisme dans le domaine de la criminalistique et de la technique policière» et, à l'article 37, la possibilité d'instituer une commission de surexperts pour analyser la valeur de certaines techniques. Malheureusement la seconde guerre mondiale sonna le glas de cette académie.

Actuellement il arrive que certains gouvernements confient à des groupes de savants de leur pays l'étude de la valeur de certaines techniques pour, ensuite, aviser le pouvoir judiciaire de leurs conclusions; ainsi, pour ne nommer que celles-là, l'analyse spectrographique (identification visuelle de la voix)⁹⁶ et la technique d'identification par A.D.N.⁹⁷ firent l'objet de telles analyses. Mais pour éviter le danger d'influences indues ainsi que des lacunes certaines dans des pays n'ayant pas assez d'experts indépendants versés en la matière, ne serait-il pas préférable de confier une telle étude à un comité international? Au niveau des influences indues, il ne faudrait certes pas sous-estimer celles provenant des

95. Statuts de l'Académie internationale de criminalistique, (1929) 1 Revue internationale de criminalistique 85.

96. National Academy of Science, On the Theory and Practice of Voice Identification (1979).

97. National Academy of Science, The Evaluation of Forensic D.N.A. Evidence, (23 mai 1997).

concepteurs des appareils et des fabricants de ceux-ci qui ont des intérêts économiques ou professionnels à ce qu'ils soient validés. Or, comme dans plusieurs pays, les scientifiques concernés sont peu nombreux et forment une confrérie assez hermétique, il y a danger de favoritisme.

Enfin, ledit Comité international pourrait être appelé à agréer les laboratoires pour assurer une constance dans la qualité de ces derniers; la question de l'accréditation des laboratoires de criminalistique appliquée refait d'ailleurs surface dès qu'une nouvelle technique apparaît⁹⁸ ou dès qu'une mauvaise analyse des données ou une malpratique est imputée à un de ces laboratoires ou un de ses experts et qu'il appert qu'elles furent la cause de condamnations injustifiées.

Conclusion

Nous constatons que la plupart des erreurs judiciaires qui résultèrent soit de la négligence ou, pire, soit de la malhonnêteté d'experts en sciences «forensiques», le furent au détriment de l'accusé. De nombreuses personnes eurent donc à porter le poids de longues années d'emprisonnement ou, à tout le moins, d'accusations qui s'avérèrent non fondées à cause d'erreurs judiciaires résultant de preuves scientifiques inexactes ou même parfois contrefaites.

Il est à la mode, fort heureusement, d'écrire sur les droits fondamentaux de l'accusé; peut-on oublier que son droit le plus fondamental est d'abord et avant tout celui à la vérité?

Le droit à une défense pleine et entière est enchâssé à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit à la présomption d'innocence s'y trouve aussi, ainsi qu'à l'article 11(d). Pour que ces droits soient effectifs, il importe d'abord et avant tout que le procès assure la découverte de la vérité

98. Ainsi pour l'accréditation des laboratoires effectuant des analyses d'A.D.N. : voir L. Viau, La problématique de la preuve d'A.D.N. en droit pénal : La recherche du point d'équilibre entre vérité scientifique et vérité du droit dans C. Hennau-Hublet & B.M. Knoppers, L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1997, 509 p. à la p. 276.

et que, s'il y a condamnation, celle-ci ne soit fondée que sur une preuve contrôlée par un juge des faits apte à le faire, parfois parce qu'assisté lorsque besoin est.

Or, il nous semble que notre système contradictoire (adversarial) soit inapproprié lorsqu'il y a présence de l'expertise et qu'une réforme soit aussi nécessaire au niveau des institutions de criminalistique appliquée.

Se pourrait-il que les forces conjuguées de l'inertie et de l'appât du gain bloquent ces réformes qui nous semblent aller dans le sens des intérêts supérieurs de la justice? Espérons que, si le système demeure inaltéré, ce sera parce que d'autres motifs, que nous n'avons pas découverts, en auront imposé le maintien.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : POUR UNE DISTINCTION ENTRE L'EXPÉRIMENTATION
THÉRAPEUTIQUE ET L'EXPÉRIMENTATION NON THÉRAPEUTIQUE

Auteur(s) : David N. WEISSTUB, Simon N. VERDUN-JONES

Revue : RDUS, 1996-1997, volume 27, numéro 1-2

Pages : 49-87

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12849>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12849>

Page vide laissée intentionnellement.

POUR UNE DISTINCTION ENTRE L'EXPÉRIMENTATION THÉRAPEUTIQUE ET L'EXPÉRIMENTATION NON THÉRAPEUTIQUE

par David N. WEISSTUB*
Simon N. VERDUN-JONES**

La distinction claire entre la recherche et le traitement, la thérapie et non thérapie est essentielle à l'identification des responsabilités juridiques et éthiques du médecin-chercheur et les droits et attentes corrélatives du sujet-patient. Ces distinctions n'ont pas toujours été claires, particulièrement en présence de termes tels «soins innovateurs» et «recherche thérapeutique» dans la littérature scientifique. Au mieux, on décrit la recherche comme se situant sur une échelle continue dont les pôles sont l'expérimentation non thérapeutique et le traitement reconnu. Nous discutons également des questions d'éthique reliées aux essais cliniques randomisés et le rôle du médecin-chercheur.

Clear distinctions between research and treatment, therapy and non-therapy, are of vital importance in determining the legal and ethical responsibilities of physicians/researchers, and the corresponding rights and expectations of patients/subjects. These distinctions have not always been clear, particularly given the use of terms such as «innovative therapy» and «therapeutic research» in the scientific literature. Research can best be described as falling along a continuum between non-therapeutic experimentation and accepted treatment, which constitute the poles of reference. Ethical issues pertaining to randomized clinical trials and the role of the physician/researcher are also discussed.

*. Professeur titulaire de la Chaire de psychiatrie légale et d'éthique biomédicale Philippe Pinel de la Faculté de médecine de l'Université de Montréal.

** Professeur, School of Criminology, Simon Fraser University, British Columbia.

SOMMAIRE

A.	INTRODUCTION	51
1.	Les conséquences juridiques	52
2.	Les conséquences éthiques	55
B.	DÉFINIR LES CONCEPTS FONDAMENTAUX	59
1.	La recherche et l'expérimentation	60
2.	La thérapie innovatrice	64
C.	LA RECHERCHE THÉRAPEUTIQUE ET NON THÉRAPEUTIQUE	68
D.	LES ESSAIS CLINIQUES CONTRÔLÉS PAR RANDOMISATION : EXEMPLES D'UNE COMBINAISON THÉRAPIE / NON THÉRAPIE DANS LA RECHERCHE CLINIQUE	78
E.	LES QUESTIONS ÉTHIQUES RÉSULTANT DE LA DISTINCTION ENTRE LA RECHERCHE THÉRAPEUTIQUE ET NON THÉRAPEUTIQUE	83
F.	CONCLUSION	85

A. INTRODUCTION

La littérature relative aux dimensions éthiques et juridiques de l'expérimentation biomédicale regorge de références sur la distinction fondamentale entre les procédures *thérapeutiques* et *non thérapeutiques*. La tâche pratique consistant à établir cette distinction dans le contexte des protocoles de recherche particuliers impliquant des sujets humains s'est traditionnellement avérée profondément stimulante. La thèse défendue dans ce chapitre postule que la majeure partie des difficultés liées à cette tâche essentielle pourrait être dissipée en abandonnant le système actuel qui veut qu'une expérimentation biomédicale soit considérée comme essentiellement thérapeutique, ou non thérapeutique, à l'aune d'un seul critère : l'intention exprimée par les chercheurs impliqués. Contrairement à cette idée, nous aimerions soutenir la thèse qu'il faut développer une définition fonctionnelle des expérimentations thérapeutiques et non thérapeutiques. Cette définition devrait reposer sur une évaluation *objective*, conduite par un comité indépendant d'éthique de la recherche, des risques et des bénéfices (le cas échéant) pour les patients ou les sujets concernés. Une telle approche devrait s'avérer d'une grande utilité pour autant qu'elle couvre le large éventail de questions juridiques et éthiques relatives au contexte de l'expérimentation biomédicale.

Pourquoi est-il si important de donner une définition opératoire des expérimentations thérapeutiques et non thérapeutiques? Indubitablement, cette tâche doit toujours être entreprise en tenant compte des conséquences pratiques pouvant résulter de l'implication dans cet exercice critique. Comme l'a remarqué Hoffmaster :

«La façon de poser une question dépend de la perspective que nous avons du problème. Les questions visant à déterminer les considérations opportunes, la valeur qu'il faut leur imputer au regard d'autres considérations diverses et la manière de les extraire d'un amas de considérations concurrentes dépendent essentiellement de la manière dont ces questions sont posées.»¹ [Traduction]

1. B. Hoffmaster, «The Medical Research Council's New Guidelines on Research Involving Human Subjects : Too Much Law, Too Little Ethics» (1989) 10 Health L. Can. 146 à la p. 149.

Les conséquences pratiques de l'instauration d'une nette distinction entre les expérimentations thérapeutiques et non thérapeutiques deviennent particulièrement claires dans les sphères enchevêtrées de l'éthique et du droit.

1. Les conséquences juridiques

Une conséquence juridique cruciale liée à l'identification d'un protocole de recherche comme étant essentiellement non thérapeutique réside dans le fait qu'il existe un obstacle juridique majeur relatif à l'implication des sujets de la recherche dont la capacité d'octroyer un consentement éclairé concernant leur participation est remise en question. Habituellement, de tels sujets appartiennent à un ou plusieurs des groupes suivants, dont les membres ont toujours été considérés comme particulièrement vulnérables : les enfants, les personnes âgées, les malades mentaux, les individus souffrant de troubles du développement et les prisonniers. Il peut également exister de sérieux doutes, et en particulier pour des individus en institution, sur le caractère volontaire de toute décision par laquelle ils manifesteraient leur accord en vue de participer à une expérimentation biomédicale. À l'égard des membres inaptes issus des populations vulnérables, s'appliquent certaines dispositions juridiques canadiennes faisant obstacle à leur participation à des expérimentations non thérapeutiques. Au Canada, on observe en effet - en dehors de la province de Québec² - qu'une grande inquiétude entoure la question de savoir si un consentement valide peut être donné par un tiers-substitut, au nom du patient inapte. Le consentement par un tiers à la participation à une recherche peut être donné si celle-ci peut être considérée comme bénéfique pour la santé de la personne inapte, mais non lorsque la recherche est considérée comme non thérapeutique. En effet, Gerald Robertson a récemment déclaré que «la plupart des auteurs considèrent qu'un curateur ne possède pas l'autorité de consentir à la recherche non thérapeutique»³ [Traduction]. En l'absence d'un avantage thérapeutique éventuel pour le sujet, «on ne peut pas dire qu'il est dans le

2. Voir dans l'ensemble S.N. Verdun-Jones et D.N. Weisstub, «Consent to Human Experimentation in Québec : The Application of the Civil Law Principles of Personal Inviolability to Protect Special Populations» (1995) 18 *International Journal of Law and Psychiatry* 163.

3. G. B. Robertson, *Mental Disability and the Law in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1994 à la p. 163.

meilleur intérêt du pupille [de participer] et, conséquemment, on doit considérer que le curateur ne possède probablement pas l'autorité de consentir à la procédure même si celle-ci n'entraîne aucun risque de préjudice». ⁴ Robertson déclare que cette approche est confortée par la décision de la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Re Eve*, ⁵ dans laquelle la Cour refusa d'autoriser l'exécution d'une stérilisation non thérapeutique sur une femme souffrant de troubles du développement, en invoquant le fait qu'une telle procédure n'était pas «dans son meilleur intérêt».

Bien qu'il existe un important obstacle légal à l'implication des sujets inaptes dans des expérimentations biomédicales dans les juridictions de *Common Law* du Canada, la situation dans la province de Québec est manifestement différente. L'article 21 du Code Civil ⁶ autorise explicitement l'expérimentation non thérapeutique sur des mineurs et des adultes inaptes, bien que dans des *circonstances très limitées*. Les restrictions imposées à de telles expérimentations sont : (I) qu'on puisse espérer «un bénéfice pour la santé des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap que les personnes soumises à l'expérimentation»; (II) qu'il y ait une «absence de risque sérieux» pour la santé du sujet; (III) que le décideur substitut approprié (le mandataire, le tuteur, le curateur ou le titulaire de l'autorité parentale, selon le cas) ait accordé son consentement au nom du sujet; (IV) que l'expérimentation soit réalisée «sur un groupe de personnes mineures ou majeures inaptes [...] dans le cadre d'un projet de recherche approuvé par le ministre de la Santé et des Services sociaux, sur avis d'un comité d'éthique du centre hospitalier désigné par le ministre ou d'un comité d'éthique créé par lui à cette fin». Au Québec, les décideurs substitués ont été investis d'une autorité

-
4. *Ibid.* aux pp. 163-64. Robertson énonce qu'il est possible qu'un «curateur soit capable d'autoriser la recherche non thérapeutique, si on applique le test du jugement substitut plutôt que celui des meilleurs intérêts». Toutefois, ceci n'a pas été confirmé par la jurisprudence. La suggestion consistant à appliquer le test du jugement substitut tire son origine de Dickens. Voir B.M. Dickens, «Substitute Consent to Participation of Persons with Alzheimer's Disease in Medical Research : Legal Issues» dans J.M. Berg, H. Karlinski et F.H. Lowy, dir., *Alzheimer's Disease Research : Ethical and Legal Issues*, Toronto, Thomson Professional Publishing, 1991, 60.
 5. *E. c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388 [ci-après *Re Eve*].
 6. Code civil du Québec, voir dans l'ensemble Verdun-Jones et Weisstub, *supra* note 2 aux pp. 176-79.

légale leur permettant d'octroyer un consentement au nom de sujets inaptes, pour la participation à des expérimentations non thérapeutiques, à condition que certaines conditions légales soient remplies. Dans les provinces du Canada régies par la *Common law*, une telle autorité n'existe pas.

Une autre *conséquence juridique* majeure, résultant de la qualification d'une recherche comme non thérapeutique, est la rigueur des conditions d'obtention d'un consentement éclairé à la participation. En effet, dans la décision *Halushka c. University of Saskatchewan*,⁷ la Cour d'Appel statua que «le sujet de l'expérimentation médicale a le droit de recevoir une divulgation franche et exhaustive de tous les faits, probabilités et opinions qu'un homme raisonnable serait en mesure de considérer avant d'octroyer son consentement».⁸ On considère que c'est un critère plus rigoureux que celui qui est appliqué dans le contexte du consentement au traitement médical.⁹ En effet, dans l'affaire la plus récente au Québec, *Weiss c. Solomon*,¹⁰ le tribunal suggéra que la norme «la plus élevée possible» de divulgation soit respectée et qu'un sujet de recherche doive être informé de la *possibilité des risques, même les plus minimes*. À ce propos, on devrait observer que, bien que d'un point de vue légal il puisse exister un soi-disant «*privilège thérapeutique*» (lequel permet au médecin de ne pas divulguer l'information qui pourrait être néfaste pour la santé du patient) dans le contexte des traitements *thérapeutiques*, il n'existe apparemment aucune justification pour octroyer un tel privilège dans le contexte de la recherche non thérapeutique.

-
7. [1965], 52 W.W.R. 608 (C.A. Sask.) [ci-après Halushka]. Voir également E.I. Picard, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1984 aux pp. 118-19; L.E. Rozovsky et F.A. Rozovsky, *The Canadian Law of Consent to Treatment*, Toronto, Butterworths, 1990 à la p. 80; G. Sharpe, *The Law & Medicine in Canada*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1987 aux pp. 79-85. Voir également *Cryderman c. Ringrose*, [1977] 3 W.W.R. 109, conf. par [1978] 3 W.W.R. 481 (Alta. C.A.); *Morrow c. Hôpital Royal Victoria*, [1990] R.R.A. 41 (C.A. Qué.).
 8. Halushka, *ibid.* aux pp. 615-16.
 9. Voir Rozovsky et Rozovsky, *supra* note 7 à la p. 80; Sharpe, *supra* note 7 à la p. 80.
 10. [1989] R.J.Q. 731 (C.S.) [ci-après Weiss]. Voir dans l'ensemble B. Freedman et K.C. Glass, «Weiss v. Solomon : A Case Study in Institutional Responsibility for Clinical Research» (1990) 18:4 Law, Medicine & Health Care 395.

2. Les conséquences éthiques

D'un point de vue *éthique*, il est absolument nécessaire d'établir une distinction entre les procédures thérapeutiques et non thérapeutiques, surtout dans les situations où l'on cherche à recruter des membres issus des populations vulnérables (tels les enfants, les malades mentaux, les personnes souffrant de troubles du développement ou les prisonniers) comme sujets d'expérimentations biomédicales. S'il subsiste des doutes à propos de l'aptitude de ces individus à accorder un consentement éclairé, alors il devient remarquablement difficile de trouver une justification plausible pour les impliquer dans des procédures biomédicales qui n'auront aucun avantage pour leur santé. Par conséquent, la distinction entre l'expérimentation thérapeutique et non thérapeutique acquiert une importance de premier ordre dans la formulation de principes éthiques conçus pour garantir que les membres des populations vulnérables ne soient pas recrutés comme sujets d'expérimentations biomédicales, sauf s'il existe des raisons valables de le faire.

Il est évident que nous devons mener des expérimentations biomédicales continues et bien conçues sur des sujets humains;¹¹ si nous ne le faisons pas, nous risquons clairement de perdre des avantages potentiels procurés par de nouveaux médicaments, ou bien «de nous empoisonner nous-mêmes» avec «de nouveaux médicaments insuffisamment testés ou éprouvés» ou avec «de vieux médicaments reconnus mais peu fiables».¹² Toutefois, la société doit prendre bien soin d'examiner la procédure de recrutement des sujets humains volontaires pour les expérimentations biomédicales. Comme le souligne le célèbre *Belmont Report*, le principe éthique fondamental de la justice exige que l'équité soit respectée lorsque nous sélectionnons les sujets pour la participation aux procédures de recherches biomédicales. En particulier, «la justice sociale» exige

11. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain* (Document de travail 61), Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1989 à la p. 1 [ci-après CRD Document de travail 61]. Voir également H. Helmchen, «Ethical and Practical Problems in Therapeutic Research in Psychiatry» (1982) 23:16 *Comprehensive Psychiatry* 505 à la p. 505, où il est affirmé que le besoin de sujets humains est particulièrement nécessaire en psychiatrie parce que «des modèles adéquats de la plupart des maladies psychiatriques n'existent pas».

12. C. Fried, *Medical Experimentation : Personal Integrity and Social Policy*, Amsterdam, North-Holland Publishing, 1974 à la p. 4.

qu'une distinction soit établie entre les groupes de sujets éventuels qui devraient ou ne devraient pas être impliqués dans de tels types de recherches.¹³

Le Conseil de recherches médicales du Canada (CRM) définit le sujet de recherche comme «un être humain qui assume directement le risque de la recherche» et il ajoute une remarque significative selon laquelle les torts qui pourraient être causés à un tel sujet sont «nombreux et ne se limitent pas aux atteintes corporelles. Ils comprennent aussi la perte de dignité et de l'estime de soi, la culpabilité et le remords ou le sentiment d'être exploité et humilié». ¹⁴ Étant donné les risques inhérents aux expérimentations biomédicales, la question fondamentale qui surgit alors est de savoir s'il est équitable d'impliquer des membres de groupes vulnérables comme éventuels sujets de recherche lorsque de sérieux doutes entourent leur aptitude à supporter les fardeaux et risques inhérents à la participation à de telles expérimentations. La société a en effet toutes les raisons de manifester des réserves à cet égard.¹⁵

Lorsqu'on espère obtenir des bénéfices de la recherche pour les sujets concernés (la recherche thérapeutique), alors sa mise en oeuvre pourrait être justifiée en invoquant des arguments paternalistes : «l'ingérence est justifiée parce qu'elle peut promouvoir le bien-être des sujets eux-mêmes». ¹⁶ En outre, dans de telles circonstances, on reconnaît habituellement qu'un tiers peut accorder son consentement au nom de la personne incapable. Un tel consentement substitut reposera essentiellement sur ce qui apparaît être le meilleur intérêt du sujet et peut manifestement être donné à propos de la participation à la recherche thérapeutique, puisque celle-ci est conçue pour améliorer l'état de santé du sujet. Toutefois, s'il n'est pas possible d'identifier d'éventuels bénéfices au

13. National Commission for the Protection of Human Subject of Biomedical and Behavioral Research, *The Belmont Report : Ethical Principles for the Protection of Human Subjects in Research*, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1978 à la p. 7 [ci-après *The Belmont Report*].

14. Conseil de recherches médicales du Canada, *Lignes directrices concernant la recherche sur des sujets humains*, 2^e éd., Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1987 à la p. 7 [ci-après *CRM Lignes directrices*].

15. Voir *The Belmont Report*, *supra* note 13 à la p. 7.

16. R. Macklin et S. Sherwin, «Experimenting on Human Subjects : Philosophical Perspectives» (1975) 25 *Case Western Reserve Law Review* 434 à la p. 451. Voir également Hoffmaster, *supra* note 1 à la p. 148.

profit des sujets de la recherche incapables d'accorder un consentement éclairé, il faut alors trouver d'autres justifications pour motiver leur participation aux expérimentations biomédicales.

Il ne suffit pas que les autres personnes puissent éventuellement tirer bénéfice de la participation des personnes inaptes à de telles expérimentations. Même si ces sujets peuvent favoriser le bien-être de la société en contribuant à l'avancement de la médecine et de la science, le fait de les autoriser à participer à de telles activités de recherche équivaldrait néanmoins à profiter de leur position de dépendance afin d'en faire bénéficier les autres, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas exposés aux risques.¹⁷ Les personnes qui ne sont pas en mesure d'octroyer un consentement éclairé à la participation sont déjà désavantagées en raison de leur condition et «il semble évident qu'on ne devrait pas les faire souffrir davantage pour le bénéfice de ceux qui sont déjà plus avantagés».¹⁸ [Traduction]

Bien qu'il ne soit pas indiqué ici de se livrer à un examen détaillé des circonstances exceptionnelles qui pourraient justifier au plan éthique le recrutement de personnes inaptes et vulnérables comme sujets d'expérimentations non thérapeutiques, il pourrait s'avérer utile d'identifier les plus significatives d'entre elles. Par exemple, il se pourrait qu'on légitime l'implication de personnes incapables choisies parmi des populations vulnérables là où l'expérimentation non thérapeutique ne peut être menée qu'avec de tels sujets : cette situation pourrait survenir dans le cas où le projet de recherche s'intéresse à la cause même affectant ces sujets (par exemple, une étude des facteurs génétiques relatifs à la démence du type de l'Alzheimer, nécessitant des prises de sang sur des sujets âgés et déments incapables d'octroyer un consentement éclairé). Dans ces circonstances, les bénéfices de la recherche profiteront à ceux qui sont dans la même catégorie que les sujets de la recherche (et il existe de surcroît une possibilité de bénéfices pour les sujets, en bout de ligne, en conséquence des progrès survenus dans la connaissance médicale).¹⁹

17. Voir Macklin et Sherwin, *ibid.* à la p. 463; Hoffmaster, *ibid.* à la p. 149.

18. Voir Macklin et Sherwin, *ibid.* à la p. 467.

19. Voir Macklin et Sherwin, *ibid.* aux pp. 464-65.

On peut trouver une autre justification au recrutement des sujets incapables issus des populations vulnérables dans la mesure où ces sujets avaient préalablement accordé un consentement valide à leur participation à l'expérimentation, à *un moment où ils étaient en mesure de le faire*. Par exemple, des individus reconnus comme souffrant d'une pathologie se manifestant par une détérioration cognitive progressive pourraient choisir de laisser des directives anticipées, dans lesquelles ils auraient formulé leur assentiment à être impliqués - ultérieurement et le cas échéant - dans certains types d'expérimentations biomédicales qui pourraient profiter à d'autres individus se trouvant dans la même condition.²⁰

Dans le contexte du *traitement*, on accorde une importance croissante au souci de donner la priorité aux souhaits énoncés par un individu apte, même s'il devient ultérieurement inapte. Les souhaits doivent être respectés même si un tiers pourrait considérer que le meilleur intérêt de l'individu ne sera pas servi en les réalisant.²¹ Dans le cas de l'expérimentation biomédicale, il existe également un argument selon lequel il est parfaitement opportun d'autoriser l'implication d'une personne incapable dans de telles activités au cas où cette personne - au moment où elle était capable de le faire - avait clairement exprimé son désir d'y participer. Ceci consacre le droit fondamental de l'individu à *l'autonomie*.²²

Bien qu'il puisse exister un nombre restreint de circonstances dans lesquelles nous pourrions trouver des justifications convaincantes en faveur de l'implication des membres inaptes issus des populations vulnérables dans des

20. Voir A. Moorhouse et D.N. Weisstub, «Advance Directives for Research : Ethical Problems and Responses» (1996) 19 International Journal of Law and Psychiatry 107.

21. Voir, par exemple, l'application de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et des libertés dans *Fleming c. Reid* (1991), 82 D.L.R. (4^e) 298 (Ont. C.A.). Voir également R.M. Gordon et S.N. Verdun-Jones, *Adult Guardianship Law in Canada*, Scarborough, Carswell, 1995 aux pp. 3-94 à 3-98; *Consent to Treatment Act*, 1992, S.O. 1992, c. 31, art. 13; article 12 C.c.Q.; *Health Care (Consent) and Care Faculty (Admission) Act*, S.B.C. 1993, c. 48, art. 19.

22. Voir M.A. Somerville, «Labels Versus Contents : Variance Between Philosophy, Psychiatry and Law in Concepts Governing Decision-Making» (1994) 39 McGill Law Journal 179; B.J. Winick, «On Autonomy : Legal and Psychological Perspectives» (1992) 37 Vilanova Law Review 1705.

expérimentations non thérapeutiques, le principe selon lequel ils ne devraient pas être recrutés comme «volontaires» là où l'on peut trouver des sujets potentiels plus aptes à accorder un consentement éclairé semble toutefois être fondamental. Les risques de participation à des expérimentations biomédicales non thérapeutiques ne devraient pas peser sur les épaules de ceux qui sont les moins aptes à les supporter.²³ De plus, même dans les situations où des raisonnements fondés pourraient être invoqués en faveur de l'implication des sujets inaptes dans de telles expérimentations, on doit démontrer que les risques pour leur santé sont seulement *négligeables*.

B. DÉFINIR LES CONCEPTS FONDAMENTAUX

On ne peut douter que la procédure consistant à désigner une expérimentation biomédicale comme non thérapeutique comporte d'importantes conséquences juridiques et éthiques. Toutefois, les décideurs, dont la tâche consiste à établir la distinction entre les procédures thérapeutiques et non thérapeutiques dans le cadre de l'application des principes juridiques et éthiques, doivent affronter un problème de taille. Bien que la distinction conceptuelle entre les deux domaines s'apprécie clairement, elle est très difficile à établir en pratique et ce parce que plusieurs projets de recherche intègrent des éléments appartenant à la fois à la thérapie et à la non-thérapie. Cela rend nécessaire l'instauration d'une procédure permettant de s'assurer que toute proposition de recherche désignée comme «thérapeutique» offre au sujet, *d'un point de vue objectif*, un degré de probabilité raisonnable que les procédures utilisées s'avéreront bénéfiques pour sa santé. En outre, une telle procédure doit protéger le sujet des éventuelles clauses prévoyant son assujettissement à un certain nombre de procédures accessoires conçues pour servir les intérêts du chercheur plutôt que les siens. La poursuite d'un tel objectif exige une évaluation précise et permet assurément de mieux comprendre les raisons pour lesquelles la distinction entre la thérapie et la non-thérapie s'est avérée si difficile à traiter à la fois dans la littérature théorique et dans la pratique. Le point de départ pour le développement d'une telle procédure doit être la clarification des concepts

23. Voir The Belmont Report, *supra* note 13 à la p. 7; Macklin et Sherwin, *supra* note 16 à la p. 467.

fondamentaux afin d'établir des mesures objectives pour la qualification de procédures médicales particulières.

1. La recherche et l'expérimentation

Le terme *recherche* est utilisé de façon interchangeable avec le terme *expérimentation*. Toutefois, la signification et l'application précises de ces deux termes dans la littérature n'ont été ni claires ni conséquentes. Dans certains cas, le mot *recherche* est utilisé comme un concept beaucoup plus général dans lequel l'expérimentation, et l'expérimentation humaine en particulier, est seulement considérée comme une méthode pour conduire la recherche.²⁴ Le terme *recherche* peut être modifié par le qualificatif *biomédical* afin d'indiquer que la recherche a trait à la santé.²⁵ À son tour, la recherche biomédicale a été définie comme incluant non seulement «les études conçues à l'origine pour accroître la base scientifique de l'information sur la physiologie et le développement normal ou anormal», mais également des «études conçues à l'origine pour évaluer la sécurité, l'efficacité ou l'utilité d'un produit, d'une procédure ou d'une intervention médicale».²⁶ Pour les fins de l'analyse développée dans ce chapitre, les deux termes, englobant les notions discutées ci-dessus, seront utilisés.

Dans une large mesure, la recherche et l'expérimentation ont été distinguées des autres procédures médicales et des soins de santé sur la base de l'élément d'*incertitude* qu'elles impliquent.²⁷ De toute évidence, tant la re

-
24. A. Brett et M.A. Grodin, «Ethical Aspects of Human Experimentation in Health Services Research» (1991) 265 *Journal of the American Medical Association* 1854 à la p. 1855.
 25. Council for International Organizations of Medical Science, en collaboration avec l'Organisation Mondiale de la Santé, *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*, Genève, CIOMS, 1993 à la p. 11 [ci-après CIOMS Guidelines].
 26. Office for the Protection from Research Risks, National Institutes of Health, *Protecting Human Subjects : Institutional Review Board Guidebook*, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1993 à la p. 5-1 [ci-après OPRR Guidebook].
 27. E. Kluge, *Biomedical Ethics in a Canadian Context*, Scarborough, Prentice-Hall Canada, 1992 à la p. 163. Dans un certain sens, même un traitement médical de routine peut être perçu comme un saut potentiel dans l'inconnu, et être par conséquent expérimental puisque les réponses d'un patient ne peuvent jamais être prévues en toute certitude. Voir B.M. Dickens, «What is a Medical Experiment?» (1975) 113:7 *Canadian Medical Association*

cherche que l'expérimentation constituent une exception à la *pratique médicale standard* qui, selon le *Belmont Report*, concerne les «interventions simplement conçues pour accroître le bien-être d'un patient ou d'un client individuel et qui présentent une chance raisonnable de réussir».²⁸ [Traduction] Tandis que l'objectif de la pratique médicale consiste à [Traduction] «offrir un diagnostic, un traitement préventif ou une thérapie aux individus en particulier»,²⁹ la recherche a été définie de façon générale par la Commission de réforme du droit du Canada comme «une activité scientifique orientée vers l'avancement et la systématisation du savoir, visant le bénéfice de la société tout entière».³⁰

Par conséquent, la *recherche* implique essentiellement la production de données qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour le bien-être immédiat du patient³¹ et elle consiste en une «investigation systématique, incluant le développement de la recherche, la mise à l'épreuve et l'évaluation, conçue pour développer ou contribuer à la connaissance universelle».³² La Commission de réforme du droit du Canada a spécifiquement défini *l'expérimentation* comme le fait de «chercher à accroître la connaissance humaine par un recours systématique à l'expérimentation». C'est une technique ou un processus «permettant de vérifier certains faits en créant des conditions propices à leur réalisation».³³

Journal 635 à la p. 635; J.-L. Baudouin, «L'expérimentation sur les humains : un conflit de valeurs» (1981) 26 *R.D. McGill* 809 à la p. 811; Fried, *supra* note 12 à la p. 25. En effet, Katz a déclaré que «...puisque une grande incertitude et une grande ignorance sur l'efficacité, le bilan des risques et des avantages sont omniprésents dans la pratique de la médecine, chaque intervention médicale, thérapeutique ou exploratoire constitue, en intention, une expérimentation». Voir J. Katz, «Human Experimentation and Human Rights» (1993) 38 *Saint Louis University Law Journal* 7 à la p. 12. Helmchen a souligné que le traitement psychiatrique, en particulier, peut être considéré expérimental dans le sens qu'il existe souvent de l'incertitude en ce qui concerne la meilleure manière de procéder dans un cas quelconque. Voir Helmchen, *supra* note 11 à la p. 507.

28. Voir The Belmont Report, *supra* note 13 à la p. 3.

29. *Ibid.*

30. Voir CRD Document de travail 61, *supra* note 11 à la p. 4.

31. Voir CRM Lignes directrices, *supra* note 14 à la p. 7.

32. 45 C.F.R. § 46.102(d) (1991).

33. Voir CRD Document de travail 61, *supra* note 11 à la p. 4.

Cowan a combiné avec succès les différents éléments caractérisant la nature de l'activité de recherche selon le modèle suivant :

«(1) une exception à la pratique médicale standard, (2) n'ayant aucune efficacité constatée ou prouvée ou bien n'ayant aucune intention thérapeutique, (3) conçue pour mettre à l'épreuve une hypothèse, et/ou (4) une intention de développer de nouvelles connaissances. Une caractéristique supplémentaire de la recherche permettant de la distinguer de la pratique est l'utilisation de l'être humain comme un sujet plutôt que comme un patient.»³⁴

Le modèle proposé par Cowan met clairement l'accent sur l'importance d'identifier l'*objectif* de l'expérimentation - c'est-à-dire le fait d'établir si celui-ci consiste à traiter un patient, ou bien à étudier les effets d'une procédure sur un sujet. Dans le cas où un médecin administrerait un traitement médical présentant un résultat incertain, mais avec l'intention précise de combattre la maladie affectant le patient, on pourrait alors qualifier l'expérimentation de *thérapeutique*. D'autre part, si une procédure particulière est seulement menée dans l'intention de promouvoir et de faire avancer la connaissance scientifique, l'expérimentation pourrait alors être classée comme *non thérapeutique*.³⁵ La

34. D. H. Cowan, «Innovative Therapy Versus Experimentation» (1985) 21 Tort & Insurance Law Journal 619 aux pp. 622-23.

35. Voir CRD Document de travail 61, *supra* note 11 à la p. 5; Fried, *supra* note 12 à la p. 25. Certains commentateurs ont considéré que l'expérimentation s'appliquait seulement dans le sens non thérapeutique, limitant son application aux expérimentations qui ne procurent pas de bénéfices personnels au sujet et qui sont entreprises dans le seul but d'obtenir une connaissance scientifique. Voir A. Schafer, «The Ethics of the Randomized Clinical Trial» (1982) 307:12 *New England Journal of Medicine* 719. Voir également CRD Document de travail 61, *supra* note 11 à la p. 5. La Commission déclare que le terme *expérimentation* pourrait être considéré comme étant partie de la recherche, et en partie de la thérapie; toutefois, cela laisse supposer que le terme devrait seulement être utilisé dans le sens *non thérapeutique*. Certains analystes ont limité l'utilisation du terme d'une manière encore plus restreinte en le définissant de façon à y inclure seulement les procédures dans lesquelles le sujet n'est pas un patient mais, au contraire, un volontaire en bonne santé ne pouvant espérer tirer aucun bénéfice personnel de sa participation. Voir J.-L. Baudouin, «Biomedical Experimentation on the Mentally Handicapped : Ethical and Legal Dilemmas» (1990) 9:4 *Medicine & the Law* 1052. D'autres commentateurs, cependant, poursuivent une autre voie, arguant qu'il est essentiel de reconnaître que l'expérimentation au sens non thérapeutique pourrait aussi bien être menée sur des patients que sur des volontaires sains. Les patients constituent un réservoir de sujets éventuels et il est important qu'il n'existe pas de suggestion

question de savoir si une expérimentation est *thérapeutique* ou *non thérapeutique* a souvent été fondée sur l'intention énoncée par le chercheur. Malheureusement, un tel système peut engendrer des résultats malencontreux dans les cas où l'intégrité ou le jugement du chercheur est déficient. De plus, les expérimentations comportent souvent des aspects à la fois thérapeutiques et non thérapeutiques.³⁶ Pour ces raisons, nous avançons l'opinion qu'une détermination *objective* du but d'une expérimentation devrait être faite par un comité d'éthique de la recherche et que ce processus devrait s'articuler autour d'une distinction *fonctionnelle*, plutôt qu'absolue, entre l'expérimentation thérapeutique et non thérapeutique.

Bien sûr, notre approche repose sur la prémisse qu'il est possible de procéder à une classification objective du but fondamental d'une expérimentation, soit comme thérapeutique, soit comme non thérapeutique, et que cette tâche pourrait être réalisée sans être fonction de l'intention énoncée par le ou les chercheurs impliqués. Toutefois, il est important de reconnaître l'existence d'un élément *d'incertitude* dans le processus de l'enquête scientifique. Il importera de le prendre en considération chaque fois qu'on s'efforcera de mettre en application une définition fonctionnelle de l'expérimentation ou de la recherche. Du fait de ce qui précède, si une intervention présente un bénéfice thérapeutique utile pour la personne et entre dans les *limites généralement acceptées de la certitude médicale*, cette intervention constitue un traitement. Toutefois, là où il y a *dérogation à la pratique médicale standard*, en soulevant un élément d'incertitude qui dépasse le niveau normalement accepté dans les décisions cliniques, l'intervention devient une *expérimentation* ou une *thérapie*

à l'effet que l'expérimentation menée sur eux puisse être masquée en raison de l'existence de la relation thérapeutique continue avec leurs pourvoyeurs de soins de santé. Voir M.A. Sommerville, «Therapeutic and Non-Therapeutic Medical Procedures - What are the Distinctions?» (1981) 2 Health L. Can. 85 aux pp. 87-88. Pour plus de cohérence, le terme sera utilisé pour dénoter l'expérimentation non thérapeutique qui pourrait être entreprise non seulement avec des volontaires sains, mais aussi avec des sujets qui pourraient entretenir une relation thérapeutique séparée et complètement distincte avec le chercheur.

36. Voir Fried, *ibid.* à la p.25. Voir également l'article 21 C.c.Q. qui se rapporte à «l'expérimentation» qui pourrait être «réalisée sur une seule personne» si «on peut s'attendre à un bénéfice pour la santé de cette personne». L'article 21, par conséquent, stipule que l'expérimentation pourrait être thérapeutique.

innovatrice.³⁷ Que cette expérimentation soit subséquemment caractérisée comme fondamentalement thérapeutique ou non thérapeutique n'obère en rien le fait que l'intervention constitue une procédure incertaine dont le but ou le résultat est de faire avancer le processus de l'enquête scientifique.

2. La thérapie innovatrice

L'expression *thérapie innovatrice* est souvent utilisée dans la littérature et s'applique généralement aux *procédures médicales administrées pour le bénéfice d'un patient, mais dont les résultats sont incertains*. Bien entendu, une thérapie innovatrice pourrait éventuellement devenir un traitement reconnu et un médecin pourrait être obligé de la signaler à l'attention d'un patient susceptible d'en tirer avantage.³⁸

La thérapie innovatrice, contrairement à la recherche, *n'est pas conçue pour mettre à l'épreuve une hypothèse ou développer de nouvelles connaissances* :

«Les thérapies innovatrices représentent habituellement des interventions non contrôlées et souvent individuelles dont l'intention est de gérer ou de résoudre des problèmes cliniques particuliers. Elles ne sont pas habituellement conçues pour mettre à l'épreuve des hypothèses. De plus, elles ne sont pas entreprises dans l'intention d'acquérir de nouvelles connaissances au-delà des besoins du patient. Bien que l'utilisation de thérapies innovatrices puisse mener au développement de nouvelles connaissances, cette conséquence est

37. Lorsque des populations spéciales sont concernées, la question de savoir si une intervention constitue une expérimentation ou une thérapie innovatrice doit être résolue à l'aide d'un examen éthique externe. Kluge observe que [Traduction] «ce qui distingue la recherche et l'expérimentation de toutes les autres formes de traitements médicaux et de soins de santé est l'élément d'incertitude qui entoure la nature de l'activité elle-même et l'intention d'éliminer cette incertitude». Il est vrai qu'un degré d'incertitude existe également dans la pratique clinique quotidienne; toutefois, c'est [Traduction] «lorsque cet élément d'incertitude dépasse les normes de la pratique usuelle» que «la situation devient une situation de recherche et d'expérimentation». Voir Kluge, *supra* note 27 aux pp. 162-63.

38. Voir H.L. Prillaman, «A Physician's Duty to Inform of Newly Develop Therapy» (1990) 6 *Journal of Contemporary Health Law & Policy* 43.

secondaire à leur but premier, lequel consiste à avantager les patients.»³⁹ [Traduction]

Les autres définitions ont eu tendance à souligner l'élément critique de l'incertitude du résultat. Par exemple, la Commission de réforme du droit du Canada définit la *thérapie innovatrice* comme «un traitement au véritable sens du mot, c'est-à-dire un acte accompli pour le bénéfice direct et immédiat de celui qui le reçoit, mais qui, sur le plan scientifique, n'a pas encore complètement fait ses preuves».⁴⁰

Toutefois, on ne distingue pas encore clairement si la *thérapie innovatrice* se rapporte seulement à des types spécifiques de procédures médicales qui sont déjà en utilisation dans d'autres contextes thérapeutiques ou bien si elle désigne les nouvelles procédures thérapeutiques en général. Par exemple, Kluge déclare que l'expression *thérapie innovatrice* s'applique explicitement aux [Traduction] «procédures ou aux modalités qui sont déjà connues dans un autre domaine mais qui sont adaptées à un nouveau contexte sans qu'il y ait autant de certitudes qu'il y en a dans leur utilisation standard».⁴¹ D'autre part, Baudouin affirme que le terme devrait s'appliquer plus généralement à toute procédure qui est [Traduction] «administrée au patient à la fois dans l'espoir que cela puisse avoir un effet curatif sur la maladie et avec l'intention de déterminer si elle est ou non vraiment efficace» et, ce, à condition que «l'intention principale soit thérapeutique».⁴²

Toutefois, on a observé que la liberté des médecins de recourir à des thérapies innovatrices est sujette à certaines restrictions. Dickens a soutenu que de telles techniques ou procédures peuvent seulement être utilisées

39. Voir Cowan, *supra* note 34 à la p. 623.

40. Voir CRD Document de travail 61, *supra* note 11 à la p. 4. Voir également P.H. Osborne, «Informed Consent» dans B. Sneiderman, J. C. Irvin et P. H. Osborne, *Canadian Medical Law : An Introduction for Physicians and Other Health Care Professionals*, Toronto, Carswell, 1989, 49 à la p. 62. Pour des définitions jurisprudentielles de la thérapie innovatrice dans les juridictions du Canada régies par le *Common law*, voir *Zimmer c. Ringrose* (1981), 124 D.L.R. (3^e) 215 (Alta. C.A.); *Coughlin c. Kuntz* (1987), 17 B.C.L.R. (2^e) 365 (C.S.), conf. par (1989), 42 B.C.L.R. (2^e) 108 (C.A.).

41. Voir Kluge, *supra* note 27 à la p. 164.

42. Voir Baudouin, *supra* note 35 à la p. 1054.

lorsqu'«aucun traitement orthodoxe n'existe pour la condition du patient». Si une thérapie orthodoxe est disponible et que le médecin administre un nouveau traitement pour déterminer s'il sera plus efficace, alors ceci correspond à une *expérimentation* plutôt qu'à une *thérapie innovatrice*.⁴³ Il s'agit d'une distinction importante car, bien que les expérimentations proposées doivent obtenir l'approbation préalable d'un comité d'éthique de la recherche, ceci n'a pas lieu habituellement lorsqu'il est question des thérapies innovatrices. En effet, comme le remarque Helmchen, les thérapies innovatrices échappent souvent au contrôle des comités d'éthique et peuvent être [Traduction] «introduites ou acceptées avant d'être mises à l'épreuve à cause du pouvoir suggestif des expérimentations personnelles, de l'idéologie ou d'un initiateur persuasif, chaleureux et engagé».⁴⁴

Dickens a par conséquent insisté sur le fait que le processus visant à distinguer la thérapie innovatrice de l'expérimentation ne devrait pas être entrepris en essayant d'établir les «intentions premières» du médecin dans l'administration d'un nouveau traitement. Au contraire, le critère devrait être objectif, et l'approche adéquate consisterait à chercher «tous les signes d'un motif d'investigation». Même une expérimentation mineure devrait être exposée à un examen éthique préalable et on ne devrait pas permettre qu'elle puisse être soustraite à un tel examen, étant «dissimulée dans les failles de la thérapie orthodoxe».⁴⁵ Bien entendu, comme l'a démontré McNeill, il existe certains cas où les tribunaux pourraient aller jusqu'à ignorer la déclaration d'intention thérapeutique du médecin. Ces cas surviennent là où une procédure médicale suggérée est très hasardeuse et où l'espoir que le sujet bénéficie de cette procédure est très mince; dans de telles circonstances, un tribunal est susceptible de considérer que la procédure constitue véritablement une expérimentation - même si le médecin peut avoir l'intention d'en faire profiter le patient.⁴⁶

43. Voir Dickens, *supra* note 27 à la p. 636.

44. Voir Helmchen, *supra* note 11 à la p. 509.

45. Voir Dickens, *supra* note 27 à la p. 636. Le Belmont Report propose également que «des procédures radicalement neuves» soient soumises à une proposition de recherche formelle pour qu'elles puissent être examinées afin de déterminer si les procédures sont «inoffensives et efficaces». Voir The Belmont Report, *supra* note 13 à la p. 3.

46. P.M. McNeill, *The Ethics and Politics of Human Experimentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993 à la p. 127.

Le *Code civil du Québec* signale l'importance de s'assurer que ce ne soit pas le médecin qui fixe une limite entre l'expérimentation et la thérapie innovatrice. L'article 21 qui s'applique aux mineurs et aux adultes inaptes, stipule que «ne constituent pas une expérimentation les soins que le comité d'éthique du centre hospitalier concerné considère comme des soins innovateurs qui sont requis par l'état de santé de la personne qui s'y soumet». ⁴⁷ L'expérimentation dans l'intérêt de la santé d'un individu mineur ou inapte doit recevoir l'approbation d'un tribunal. D'autre part, si la procédure suggérée est définie plus convenablement comme constituant «des soins innovateurs», alors il suffit que le médecin obtienne le consentement du décideur substitut autorisé. ⁴⁸ Toutefois, il est révélateur que le *Code civil* précise que les *comités d'éthique* doivent s'assurer que les soins proposés soient véritablement des «soins innovateurs», par opposition à l'expérimentation.

Nous défendons l'idée qu'une *thérapie innovatrice* devrait être définie soit comme une nouvelle application clinique du savoir médical actuel, soit comme une combinaison de formes usuelles de traitement, ce qui, dans les deux cas, est approprié aux besoins particuliers d'un patient et motivé par l'intention spécifique de le traiter. Il est important que les médecins épuisent tous les traitements orthodoxes avant d'essayer une thérapie innovatrice. Normalement, une divulgation adéquate de la nature de la nouvelle procédure, ainsi que de la disponibilité des autres alternatives valables devrait suffire pour un adulte apte. Toutefois, des membres de populations spéciales pourraient ne pas comprendre la signification de la thérapie innovatrice, ni d'ailleurs être en mesure d'octroyer leur consentement libre et volontaire pour se soumettre à une telle procédure. Par conséquent, par égard aux membres issus des populations spéciales, d'autres restrictions sont nécessaires afin de s'assurer que de telles personnes soient protégées. Nous soutenons que toutes les propositions visant à administrer une *thérapie innovatrice* aux enfants ou aux adultes dont la capacité à consentir pourrait être remise en question devraient, sauf dans les véritables cas d'urgence, être soumises à examen par un comité d'éthique. La procédure devrait être traitée comme une *expérimentation* si le comité d'éthique de la recherche conclut que l'une ou l'autre de ces circonstances se réalise :

47. Art. 21 C.c.Q.

48. Art. 14-15 C.c.Q.

- l'intervention suggérée n'a pas véritablement de chance d'améliorer la santé du patient;
- on n'a pas encore essayé un traitement orthodoxe lié à la condition du patient;
- la motivation du médecin traitant est de nature investigatrice (on pourrait déduire cela de la nature des procédures devant être exécutées en plus de la «thérapie innovatrice» et qui peut, par conséquent, suggérer davantage une expérimentation qu'un traitement);
- le risque est plus que négligeable.

C. LA RECHERCHE THÉRAPEUTIQUE ET NON THÉRAPEUTIQUE

La façon dont les termes *thérapeutique* et *non thérapeutique* sont définis aura un effet profond sur la nature et l'efficacité des règlements régissant l'expérimentation biomédicale impliquant des populations spéciales. Toutefois, la formulation de définitions partielles dans ce cadre constitue une tâche qui n'est nullement aussi simple qu'elle semble l'être en apparence.

De prime abord, la distinction entre la recherche *thérapeutique* et la recherche *non thérapeutique* ou l'expérimentation semble être assez évidente. L'opinion conventionnelle soutient que la procédure *thérapeutique* peut être généralement définie comme une procédure ayant pour seul objet, aussi bien du point de vue du patient que de celui de la personne appliquant la procédure, le bien-être du patient.⁴⁹ Par opposition, une procédure est *non thérapeutique* lorsque l'objectif essentiel de l'investigateur est de faire progresser la connaissance scientifique en général. Autrement dit, [Traduction] «l'expérimentation est visiblement non thérapeutique lorsqu'elle est accomplie sur une personne dans le seul but d'obtenir de l'information utile pour d'autres

49. Dickens insiste sur le phénomène qui pousse les patients à se plier à un traitement, dans un contexte thérapeutique, lorsqu'ils pensent que l'intervention concernée pourra leur permettre de retrouver la condition considérée comme «saine» pour une personne de leur âge, ou, sinon, de soulager les effets de la condition pathologique afin qu'ils puissent vivre avec elle du mieux qu'ils peuvent. Voir Dickens, *supra* note 27 à la p. 635.

individus, et qu'elle n'a nullement comme objectif de traiter une maladie quelconque dont le sujet pourrait être affecté».⁵⁰

Malheureusement, l'approche théorique conventionnelle visant à identifier une expérimentation *thérapeutique* ou *non thérapeutique* est insuffisante dans la mesure où elle peut suggérer que les deux catégories s'excluent mutuellement, alors que ce n'est manifestement pas le cas. Bien que certains aspects d'un projet de recherche puissent être conçus pour satisfaire les besoins de santé des sujets-patients impliqués, d'autres aspects sont conçus simplement pour faire progresser la connaissance scientifique. À cette fin, certains tests dépassant les besoins de santé immédiats des sujets-patients seront administrés et pourraient même les exposer à des risques supplémentaires, des inconvénients ou malaises qui ne sont justifiés par aucun bénéfice correspondant.⁵¹

L'observation selon laquelle la plupart des recherches couvrent un éventail allant de «la pure thérapie» à la «recherche pure»⁵² témoigne du caractère artificiel d'une distinction antonymique. La recherche contiendra forcément des éléments à la fois thérapeutiques et non thérapeutiques. À la lumière de telles considérations, un certain nombre d'organismes ont recommandé que le terme *recherche thérapeutique* soit banni du vocabulaire

50. Fried, *supra* note 12 à la p. 25. Howard-Jones souligne l'importance de protéger les membres de populations vulnérables face aux implications non opportunes dans l'expérimentation non thérapeutique, en définissant l'essence de la distinction thérapeutique - non thérapeutique dans des termes quelque peu dramatiques. L'objectif primordial de l'expérimentation thérapeutique consiste à examiner si un nouveau traitement influence d'une manière favorable le déroulement d'une maladie. Le seul objectif de l'expérimentation non thérapeutique est d'examiner si un nouveau traitement induit une maladie dans un sujet auparavant en bonne santé. Voir N. Howard-Jones, «Human Experimentation in Historical and Ethical Perspectives» (1982) 16:15 *Social Science and Medicine* 1429 à la p. 1438.

51. Voir Schafer, *supra* note 35; Fried, *supra* note 12 à la p. 26. On a suggéré que l'expérimentation non thérapeutique pourrait contenir des éléments qui sont thérapeutiques pour le sujet qui y participe. Par exemple, de tels sujets pourraient devenir le point de mire de l'attention médicale auquel ils n'auraient pas autrement accès; voir, par exemple, Fried, *ibid.* Toutefois, cet «effet secondaire» de la participation ne pourrait justifier le recrutement de membres de populations vulnérables et, en réalité, pourrait soulever de graves questions sur le niveau et la qualité des soins médicaux que reçoivent ces individus dans le déroulement normal des événements.

52. Voir Sommerville, *supra* note 35 aux pp. 88-89.

médical.⁵³ En effet, la Commission de réforme du droit du Canada a fait valoir que l'utilisation du terme pourrait être «dangereuse» dans la mesure où elle pourrait faire en sorte qu'un protocole échappe aux exigences rigoureuses qui régissent le consentement et la divulgation des risques s'appliquant à la recherche, à la différence des traitements médicaux standard :

«Dans cette perspective, qualifier un acte de *recherche thérapeutique* est inexact et dangereux. Inexact parce que le mot «thérapeutique» est alors entendu dans un sens large et dérivé : la recherche peut mener éventuellement à une thérapie, mais son *but premier* reste l'avancement des connaissances et non la guérison ou le soulagement du sujet de l'expérimentation; dangereux parce que le rôle principal de l'expérimentateur est celui d'un chercheur et non d'un thérapeute. En associant les deux mots, on peut induire une fausse perception de la réalité et le sujet peut consentir à un acte qu'il croit, erronément [sic], être pratiqué dans son intérêt immédiat.»⁵⁴

Plus récemment, on a vu dans la littérature théorique l'émergence d'une propension à utiliser l'expression *recherche clinique* au lieu de *recherche thérapeutique*. L'utilisation de ce terme témoigne clairement du fait qu'une telle recherche met en jeu des procédures qui sont à la fois thérapeutiques et non thérapeutiques pour le sujet-patient individuel. Comme le souligne le Conseil des organisations internationales des sciences médicales, il y aura, dans toutes les recherches cliniques, des éléments du protocole qui ne sont pas conçus à des fins diagnostiques, prophylactiques, ou thérapeutiques pour le sujet-patient individuel (par exemple l'administration de placebos et l'exécution de tests qui dépassent les exigences strictes des soins médicaux).⁵⁵

Malheureusement, un simple changement de terminologie ne résout aucun des problèmes pratiques auxquels doivent faire face ceux qui sont impliqués dans la tâche de la réglementation de l'expérimentation biomédicale. Au contraire, c'est la manière suivant laquelle de tels termes sont *appliqués*,

53. Voir The Belmont Report, *supra* note 13 aux pp. 2-4; CRM Lignes directrices, *supra* note 14 à la p. 9.

54. Voir CRD Document de travail 61, *supra* note 11 à la p. 6.

55. Voir CIOMS Guidelines, *supra* note 25 à la p. 11.

ainsi que le raisonnement sous-tendant leur application, qui requièrent notre attention. En déclarant qu'une procédure est une expérimentation plutôt qu'une thérapie innovatrice, un comité d'éthique de la recherche devrait *déclarer* que le but du protocole est ou bien essentiellement *thérapeutique*, ou bien essentiellement *non thérapeutique*. Ces termes devraient être perçus comme des étiquettes qui reconnaissent le caractère artificiel de la distinction puriste «thérapie versus non-thérapie» et prendre en considération l'idée que les protocoles expérimentaux peuvent inclure à la fois des procédures thérapeutiques et non thérapeutiques.⁵⁶ Toute classification doit indiquer quelle est l'extrémité du spectre - allant du «traitement pur» à la «recherche pure» - qui se rapproche le plus d'une expérimentation donnée, et indiquer de cette manière quel régime régulateur (accompagné de critères juridiques et éthiques) s'applique.

Un comité d'éthique de la recherche peut évaluer un protocole soumis à la classification thérapeutique / non thérapeutique à partir de la perspective du chercheur, d'un sujet-patient ou d'une tierce personne objective. Cette perspective du chercheur, utilisée pour déterminer le but premier d'une expérimentation, peut seulement être mesurée grâce à l'intention énoncée par cet individu : pourvoir un traitement ou bien faire avancer la connaissance scientifique. Comme on le verra plus loin, la perspective du chercheur pourrait être compromise en raison d'un éventuel conflit d'intérêts dans certaines situations. L'objectif du chercheur devrait devenir clair après un examen externe de l'expérimentation, lequel doit inclure une évaluation objective de sa valeur thérapeutique, et indépendante de l'opinion du chercheur.

56. Un comité d'éthique de la recherche, devant se prononcer sur la définition de ce qui constitue une recherche thérapeutique, pourrait aborder la question de trois manières : (I) la recherche est seulement thérapeutique de façon générale; (II) la recherche est seulement thérapeutique dans le sens où elle tourne autour du sujet/patient expérimental; (III) la recherche est premièrement thérapeutique dans le sens où elle tourne autour du sujet/patient expérimental - mais également autour de certains objectifs qui sont non thérapeutiques. Des distinctions semblables peuvent être appliquées à la détermination de ce qui constitue la recherche non thérapeutique. En effet, la plupart des définitions de ces termes trouvées dans la littérature peuvent être regroupées dans cette classification analytique.

D'après la perspective du sujet-patient, une procédure non thérapeutique sert certains intérêts autres que la préservation de la santé.⁵⁷ Comme le propose Dickens, là où l'on se trouve en situation d'expérimentation pure, alors la participation du sujet pourrait à vrai dire [Traduction] «paraître servir certains intérêts de l'investigateur plutôt que les siens, mais son consentement éclairé à la participation reposera sur sa motivation philanthropique ou commerciale».⁵⁸ Le fait qu'une telle participation serve les intérêts des autres est précisément la raison pour laquelle l'expérimentation non thérapeutique est si problématique lorsqu'il existe des doutes quant à la capacité des sujets concernés à octroyer un consentement éclairé en leur propre nom. Pour de tels sujets, le fait de parler d'une motivation «philanthropique ou commerciale» n'a pas grand sens. Une telle considération pourrait toutefois s'avérer importante pour un décideur substitut agissant au nom d'un tel individu et, par conséquent, on ne devrait pas l'ignorer entièrement. De la même manière, la motivation d'un sujet-patient à participer à la recherche dans le cadre d'une expérimentation thérapeutique est évidente et influencerait d'une façon importante la décision d'un décideur substitut.⁵⁹ Dans chaque situation, en utilisant la perspective du sujet-patient, on demanderait au comité d'éthique de la recherche de porter un jugement de valeur qu'il serait incapable de faire, ne connaissant pas personnellement le sujet.⁶⁰ Ainsi, il est très discutable qu'une perspective véritablement représentative du point de vue du sujet-patient puisse être appliquée.

Tout système visant à classer une expérimentation comme *thérapeutique* ou *non thérapeutique* doit chercher à réconcilier le désir fondamental de protection du sujet de la recherche avec le besoin constant d'être sensible aux défis actuels auxquels les investigateurs doivent faire face. En effet, pour ces

57. Voir Kluge, *supra* note 27 à la p. 166; Dickens, *supra* note 27.

58. Voir Dickens, *ibid.* L'influence potentielle d'une telle motivation atteint son apogée là où il n'existe aucune possibilité d'un bénéfice thérapeutique quelconque. Lorsqu'on se rapproche de ce que nous pourrions qualifier de thérapeutique (soit premièrement ou bien secondairement), alors la motivation commerciale ou philanthropique devient d'une moindre importance.

59. *Ibid.*

60. Toutefois, la présence d'une directive de recherche aiderait beaucoup un comité d'éthique de la recherche à appliquer la perspective du sujet-patient particulier. Cependant, l'évaluation subjective des protocoles expérimentaux à partir de la perspective du sujet est une tâche impossible.

derniers, la simplicité et l'efficacité administrative seront toujours des considérations importantes. Du fait que les perspectives des chercheurs aussi bien que celles des sujets-patients sont d'entrée de jeu subjectives, elles ne sont pas d'une grande utilité pratique pour les comités d'éthique de la recherche. En revanche, le fait de déterminer si le but premier d'une expérimentation est thérapeutique ou non thérapeutique devrait être fondé sur les mérites des procédures elles-mêmes et devrait aisément apparaître objectivement. À cet égard, Kluge suggère que la distinction soit fixée de la manière suivante :

«En premier lieux, il devrait exister une corrélation objective entre l'espoir que l'on peut escompter d'un effet thérapeutique et l'expérimentation. Par conséquent, si un protocole particulier est jugé opportun pour une condition particulière; si, de plus, il a pour intention explicite de privilégier les effets thérapeutiques pour le patient et si, finalement, il est assorti de données valides permettant d'escompter une action thérapeutique significative, alors l'expérimentation pourrait être considérée thérapeutique.»⁶¹ [Traduction]

La première exigence de ce modèle concerne l'«adéquation» d'une expérimentation, laquelle doit prendre en considération l'état spécifique du sujet de recherche. Cette adéquation devrait être une exigence catégorique. Dans le cas d'une expérimentation permise sur des membres de populations vulnérables, on doit s'assurer qu'il existe une relation «appropriée» entre la nature de la connaissance scientifique que l'on peut escompter de l'expérimentation et les conditions ou les circonstances particulières affectant directement les sujets éventuels ou la classe d'individus vulnérables auxquels ils appartiennent. À cette étape de l'enquête, les comités d'éthique de la recherche fixeront leur attention sur la notion d'«adéquation» comme simple moyen d'identifier le but premier d'une expérimentation spécifique; la question de savoir si l'expérimentation sera considérée en dernière analyse comme moralement permise est une question qui ne peut recevoir de réponse qu'à partir de l'examen d'un certain nombre de facteurs supplémentaires.

En poursuivant une évaluation générale du but d'un protocole de recherche spécifique, le comité d'éthique de la recherche doit identifier le type

61. Voir Kluge, *supra* note 27 à la p. 166.

de connaissance visée par le chercheur et les éventuels bénéfices thérapeutiques au profit des sujets. La prise en compte de considérations particulières serait certainement opportune pour la poursuite de ce processus. Ces considérations pourraient être les suivantes :

- L'objectif de l'expérimentation consiste-t-il à comprendre la maladie en termes généraux, à mesurer l'efficacité de plusieurs dosages d'un médicament ou à identifier les effets secondaires potentiels d'une thérapie en particulier?
- La procédure, dans l'ensemble, est-elle appropriée en termes cliniques et, si oui, à quel degré?
- Existe-t-il un avantage thérapeutique direct ou indirect?
- Un tel bénéfice se présente-t-il d'une manière majeure ou mineure et, si oui, provient-il de l'expérimentation ou bien est-il fortuit?
- Dans quelle mesure les divers éléments du protocole sont-ils compatibles avec l'objectif scientifique de l'expérimentation?

Toute détermination de la question de savoir si une expérimentation est d'emblée thérapeutique ou non thérapeutique doit prendre en considération les effets potentiels sur les sujets de la recherche eux-mêmes.⁶² Afin de justifier la qualification d'une expérimentation comme étant d'emblée *thérapeutique* par nature, il est important que les sujets puissent s'attendre à recevoir un bénéfice raisonnablement prévisible et susceptible d'être mesuré objectivement. Cette attente aurait tendance, dans la plupart des situations, à restreindre la dénomination d'une expérimentation comme *thérapeutique* aux seuls protocoles impliquant des *thérapies* (et dans certains cas, des mesures de diagnostic), là où

62. En effet, le bénéfice pour le sujet constitue l'essence de la distinction entre le thérapeutique et le non thérapeutique définie par la Law Commission (Royaume-Uni). Voir R.-U., *The Law Commission, Mental Incapacity*, Londres, HMSO, 1995 aux pp. 96-97 [ci-après *Mental Incapacity*].

l'on pourrait raisonnablement escompter un gain thérapeutique.⁶³ Toutefois, il est également essentiel qu'un comité d'éthique de la recherche se concentre sur la question du *caractère immédiat de l'application* du bénéfice thérapeutique pour les sujets individuels de la recherche : en d'autres termes, le comité devrait se demander dans quelle mesure le bénéfice anticipé est susceptible d'avoir des effets *immédiats* sur les sujets et s'il est *directement* relié à l'intervention thérapeutique proposée. L'adoption de cette approche par les comités d'éthique de la recherche devrait empêcher les chercheurs de faire valoir un lien qui ne serait en fait que vague, entre leurs protocoles et des applications cliniques à venir, comme s'il s'agissait d'une justification de la classification d'une expérimentation considérée comme étant d'emblée *thérapeutique*.

L'évaluation du comité d'éthique de la recherche du «caractère immédiat de l'application» doit être guidée par des données scientifiques acceptables. Ce faisant, le comité peut également s'assurer de la validité de toute revendication d'un bénéfice thérapeutique potentiel. Puisque la classification d'une expérimentation, comme étant thérapeutique ou non thérapeutique, affectera en profondeur les dimensions juridiques et éthiques qui entrent en ligne de compte, on doit se conformer à une norme élevée avant qu'une expérimentation ne soit classée comme *thérapeutique*. Comme on l'a constaté plus haut, l'élément d'incertitude est, par définition, inhérent à toutes les expérimentations. Toutefois, les bénéfices thérapeutiques «possibles», «hypothétiques» ou «spéculatifs» ne devraient pas être suffisants dans le présent contexte. Un bénéfice thérapeutique devrait plutôt être «vraisemblable», «probable» ou «raisonnablement prévisible». Si cette norme ne peut être atteinte, alors l'expérimentation doit être classée comme *non thérapeutique*. Il est important de souligner que ce n'est pas le but ou l'objectif visé d'une expérimentation, mais plutôt son effet raisonnablement anticipé sur les sujets de recherche, qui devrait influencer les comités d'éthique de la recherche lorsqu'ils procèdent à cette évaluation cruciale.

Finalement, en supposant que les sujets potentiels puissent vraiment espérer un bénéfice thérapeutique immédiat et raisonnablement prévisible, alors

63. Par conséquent, cette approche exclurait les procédures conçues pour offrir rien de moins qu'une compréhension fondamentale du processus de la maladie.

le comité d'éthique de la recherche doit encore évaluer et apprécier les objectifs concurrents des expérimentations biomédicales, à savoir faire progresser la connaissance scientifique ou traiter un patient en particulier. La force du bénéfice thérapeutique attendu doit être mesurée par rapport à la somme des autres procédures spécifiées dans le protocole expérimental. Cette étape ne doit pas être confondue avec le processus consistant à équilibrer les bénéfices et les risques. Bien entendu, un risque important pourrait rendre moins souhaitable une procédure proposée; toutefois, la présence d'un degré inhabituel de risque ne diminue d'aucune manière le potentiel thérapeutique de cette procédure. À ce stade du processus visant à évaluer exactement où se situe une expérimentation sur le spectre allant de la «recherche pure» à la «thérapie pure», le comité d'éthique de la recherche doit porter son attention sur la nature de la relation de réciprocité entre les procédures fortuites, non thérapeutiques ou de diagnostic, d'une part, et les procédures (vraisemblablement) thérapeutiques d'autre part. Il lui faut également comparer l'importance relative de ces deux types de procédures. Il est important, finalement, que cette tâche soit accomplie dans un cadre plus large qui détermine la manière dont toutes ces différentes procédures se rapportent aux objectifs thérapeutiques et aux objectifs de recherche d'une expérimentation *prise dans son ensemble*.

En général, les comités d'éthique de la recherche devraient exiger que le nombre de procédures et de diagnostics fortuits soit limité. La présence d'un nombre excessif de procédures fortuites, qui ne sont pas véritablement rendues obligatoires par l'objectif thérapeutique, aura tendance à indiquer qu'une expérimentation se soucie davantage du processus de l'enquête scientifique que du traitement des patients et qu'elle doit, en conséquence, être considérée d'emblée comme *non thérapeutique*. De la même manière, une intervention dont les effets thérapeutiques seraient sans rapport aucun avec le but scientifique de l'expérimentation aurait tendance à conduire à la même conclusion, sauf si les procédures non thérapeutiques étaient à ce point d'une nature fortuite qu'elles ne pourraient s'interposer dans le traitement objectif du protocole.⁶⁴

64. L'hypothèse suivante est présentée pour illustrer ce processus. Une expérimentation conçue pour étudier les effets d'un médicament anti-inflammatoire reconnu pour le soulagement des symptômes associés à la démence du type de l'Alzheimer est soumise à l'approbation d'un comité d'éthique de la recherche. Le comité découvre que le médicament, bien qu'il soit lui-même un agent thérapeutique reconnu, ne possède pas l'effet thérapeutique raisonnablement

La dernière question que doit aborder un comité d'éthique de la recherche dans le cadre de ce processus concerne la pesée respective des risques inhérents aux procédures non thérapeutiques incluses dans l'expérimentation, et du degré de bénéfice thérapeutique escompté. Si, sur la base des critères mentionnés ci-dessus, l'expérimentation est jugée d'emblée *non thérapeutique*, alors l'évaluation des risques devient une partie du processus d'identification de la permissivité éthique de l'expérimentation.

Si, toutefois, une expérimentation a vraisemblablement comme objectif premier le «traitement», tous les risques qui vont au-delà de ceux qui sont normalement associés à l'intervention thérapeutique en question deviennent difficiles à justifier et pourraient donc compromettre la valeur thérapeutique de l'expérimentation *en entier*. Les comités d'éthique de la recherche devraient porter une attention particulière aux aspects d'un protocole de recherche thérapeutique qui soumettraient des participants à des tests et à des procédures allant au-delà des stricts besoins de leur santé. Là où les membres d'une population vulnérable sont impliqués, les éléments non thérapeutiques devraient

prévisible de soulagement des symptômes manifestés par les malades atteints de la maladie d'Alzheimer. Le médicament est administré sur une base régulière, selon un dosage normal. Seules les procédures fortuites impliquent des prises de sang occasionnelles et des observations du comportement. L'étude doit être menée sur des personnes âgées qui souffrent également d'arthrite. Dans un tel cas, un sujet pourrait recevoir un bénéfice thérapeutique immédiat et valide de sa participation à une telle expérimentation : un soulagement des douleurs arthritiques. Toutefois, ce bénéfice n'a pas de rapport avec l'objectif de la recherche. Comment un comité d'éthique de la recherche devrait-il procéder? Les objectifs thérapeutiques et non thérapeutiques sont clairs. L'exigence d'un bénéfice thérapeutique valide et immédiat pour le sujet est également satisfait. Dans ce cas, les procédures non thérapeutiques sont véritablement fortuites (avec une certaine préoccupation rattachée à la fréquence et à la quantité de sang recueilli) et n'éclipsent ou n'interviennent d'aucune manière sur la qualité et l'efficacité du traitement. Par conséquent, l'expérimentation devrait être classée comme *thérapeutique* car elle comporte un bénéfice thérapeutique identifiable. Si, d'autre part, une dose en dessous de la normale est administrée, ayant pour résultat que la quantité est insuffisante pour obtenir un véritable effet sur les douleurs arthritiques du patient, alors le bénéfice thérapeutique de l'expérimentation pour le sujet disparaîtrait, en dépit de la valeur thérapeutique du médicament lui-même. L'objectif premier ne serait plus thérapeutique et l'expérimentation -comprise dans sa globalité- serait classée comme *non thérapeutique*. De la même manière, si une dose supérieure à la normale est administrée, d'une manière telle que le sujet est exposé au risque d'effets secondaires associés au médicament, alors l'objectif thérapeutique n'est plus au premier plan, et cela démontre que l'objectif premier de l'expérimentation est vraiment *non thérapeutique*.

être limités à ce qui est nécessaire pour l'intégrité scientifique de la recherche et, en aucun cas, ces éléments non thérapeutiques ne devraient présenter un risque pour la santé du sujet ou occasionner un désagrément ou un malaise. En d'autres termes, tous les risques associés aux procédures non thérapeutiques d'une *expérimentation thérapeutique* doivent être négligeables. À défaut, la procédure doit être classée comme non thérapeutique.

D. LES ESSAIS CLINIQUES CONTRÔLÉS PAR RANDOMISATION : EXEMPLES D'UNE COMBINAISON THÉRAPIE / NON THÉRAPIE DANS LA RECHERCHE CLINIQUE

Les *essais cliniques contrôlés par randomisation* constituent un excellent exemple démontrant jusqu'à quel point la recherche et la pratique clinique peuvent finir par s'entrelacer, avec comme conséquence l'inclusion d'éléments thérapeutiques et non thérapeutiques dans des procédures administrées aux patients-sujets. Les essais cliniques contrôlés par randomisation, généralement perçus comme «la règle d'or pour l'évaluation des agents thérapeutiques»,⁶⁵ supposent une conception de la recherche qui veut qu'on affecte aléatoirement le patient-sujet à une catégorie de traitement, celle-ci pouvant se révéler être une thérapie alternative, ou encore, le cas échéant, un placebo.⁶⁶

Ils illustrent aussi parfaitement l'hypothèse qui veut que la distinction thérapeutique / non thérapeutique puisse être brouillée par les différentes gradations existant entre les fins purement expérimentales et les fins purement thérapeutiques du spectre. Le problème est que les chercheurs ont nécessairement des objectifs mixtes. Bien qu'un objectif essentiel de la

65. R. J. Levine, «Uncertainty in Clinical Research» (1988) 16:3-4 *Law, Medicine & Health Care* 174 à la p. 174. Voir également R.K. Whyte, «Clinical Trials, Consent and the Doctor-Patient Contact» (1994) 15:2 *Health Law in Canada* 49. En ce qui concerne un résultat plutôt controversé remettant en question l'hypothèse de «l'équilibre clinique», ou la neutralité du médecin-chercheur dans les essais contrôlés par randomisation, d'où présomption de manque d'objectivité et de parti pris dans ces essais; voir M.C. Klein *et al.*, «Physicians' Beliefs and Behaviour During a Randomized Controlled Trial of Episiotomy: Consequences for Women in Their Care» (1995) 153 *Canadian Medical Association Journal* 769.

66. Voir Fried, *supra* note 12 à la p. 7.

recherche thérapeutique consiste à avantager le patient-sujet, il existe également d'autres objectifs, tels le désir de contribuer à la connaissance scientifique, ou encore le gain financier escomptable pour les investigateurs ou l'unité de recherche. Le but scientifique pourrait servir à cautionner la mise en oeuvre de procédures qui ne sont pas strictement nécessaires pour la santé du patient-sujet individuel et qui pourraient donc l'exposer à des risques, des inconvénients et des malaises supplémentaires.⁶⁷

D'un autre côté, on pourrait certes soutenir que la participation à un essai clinique contrôlé par randomisation procure au patient-sujet le traitement nécessaire pour sa guérison. Cependant, le fait que le traitement ne puisse être adapté aux besoins précis du patient laisse croire que son bien-être n'est pas la seule préoccupation de l'investigateur et suggère que les intérêts du chercheur - plutôt que ceux du patient - puissent jouer un rôle dominant en déterminant la nature des procédures qui sont administrées pendant le déroulement de la recherche.⁶⁸ Katz, par exemple, estime que les conflits d'intérêts influencent la conduite de tous les essais cliniques contrôlés par randomisation :

«Dans la conduite de tels essais cliniques, les conflits entre les intérêts des patients et ceux de la science sont constamment présents et trop rapidement mis de côté en considérant les patients-sujets moins comme des sujets que comme des patients pouvant seulement bénéficier de la participation aux essais cliniques.»⁶⁹ [Traduction]

En approfondissant cette notion, Schafer a brossé un vivant tableau des inévitables dilemmes éthiques auxquels doivent faire face les médecins impliqués dans les essais cliniques. D'une part, ils doivent entreprendre, avant de retenir le patient comme sujet, une évaluation portant sur la meilleure stratégie pour cet individu en particulier - et ne pas sacrifier essentiellement les intérêts de ce patient sur l'autel de la science au cas où cette stratégie n'est pas adoptée. D'autre part, si les médecins tiennent compte de cette exigence, alors ils pourraient bien accroître la possibilité de parti pris dans la sélection ou

67. Voir Schafer, *supra* note 35 à la p. 720.

68. *Ibid.*

69. Voir Katz, *supra* note 27 à la p. 17.

l'élimination de nombreux patients du groupe des sujets de recherche éventuels.⁷⁰

Plusieurs commentateurs ont abordé les problèmes soulevés par les essais cliniques contrôlés par randomisation. En particulier, on a fait de sérieuses tentatives en vue de garantir que l'impact des éléments non thérapeutiques de tels essais soit réduit au minimum. Par exemple, on a souligné l'importance qu'un groupe de contrôle d'un essai clinique contrôlé par randomisation ne puisse jamais être constitué de patients auxquels on a refusé un traitement présentant des bénéfices connus afin de faire avancer les objectifs de l'étude.⁷¹ En outre, on a soutenu que, «dans des conditions idéales», on ne devrait pas recourir à la randomisation sauf s'il existe une situation où l'on rencontre une véritable divergence d'opinions concernant les mérites relatifs des thérapies à évaluer : cela garantit que «personne n'est privé *ex ante* de la meilleure thérapie».⁷² On a suggéré par ailleurs que les essais cliniques contrôlés par randomisation pourraient n'être considérés véritablement thérapeutiques que lorsque les traitements impliqués sont tous reconnus comme étant des traitements orthodoxes pour une condition médicale particulière affectant les patients-sujets.⁷³ D'autres commentateurs ont insisté sur le fait que la participation à un essai clinique contrôlé par randomisation ne devrait pas être considérée comme thérapeutique sauf si elle est précédée par une enquête

70. Voir Schafer, *supra* note 35 à la p. 720.

71. Voir Howard-Jones, *supra* note 50 à la p. 1438.

72. Voir Fried, *supra* note 12 à la p. 8. Toutefois la difficulté avec cette approche est que les médecins auront certainement dans la pratique une préférence pour tel ou tel type de traitement, souvent basée sur des affinités personnelles et subjectives plutôt que scientifiques. Vraisemblablement, la plupart des patients-sujets n'accepteraient pas de participer à un essai clinique contrôlé par randomisation s'ils savaient qu'ils pourraient recevoir une forme de traitement qui est différente de celle qui est favorisée par le médecin. À cet égard, Schafer (1982) a remarqué qu'il [Traduction] «est généralement peu éthique de chercher le consentement de sujets éventuels pour un essai randomisé sans leur dire comment leur traitement sera sélectionné». Il poursuit pour suggérer que des lignes directrices doivent être développées pour indiquer le moment où il est moralement permis à un médecin de retenir de l'information sur ses préférences de traitement pour le patient-sujet. Voir Schafer, *supra* note 35 à la p. 722.

73. Voir Dickens, *supra* note 27 à la p. 636.

détaillée de la part du médecin-chercheur, en vue de déterminer le meilleur programme de traitement disponible pour cet individu en particulier.⁷⁴

Les dilemmes éthiques qui surviennent en raison de la juxtaposition des éléments thérapeutiques et non thérapeutiques dans le même protocole sont patents lorsque l'essai clinique contrôlé par randomisation implique l'administration d'un placebo comme une des «thérapies» alternatives. Dans la mesure où un placebo, par définition, ne produit pas d'effet biologique et, comme tel, ne devrait pas avoir d'impact sur le processus physiologique de la maladie, on a formulé la suggestion qu'une telle utilisation écarterait les essais cliniques contrôlés par randomisation du domaine de la recherche thérapeutique.⁷⁵ En réalité, Rothman et Michels affirment que l'utilisation de placebos dans les essais cliniques contrôlés par randomisation n'est pas seulement inutile du point de vue scientifique, mais qu'elle peut donner des résultats outranciers en offrant une appréciation exagérée de la portée des conclusions, sujettes à de grandes erreurs statistiques. En outre, ces deux auteurs indiquent que l'utilisation de placebos dans des essais cliniques contrôlés par randomisation vont à l'encontre des dispositions de la *Déclaration d'Helsinki* en privant les patients-sujets «des méthodes thérapeutiques et des diagnostics les mieux éprouvés».⁷⁶ D'autre part, on a soutenu qu'un placebo ne devrait jamais être administré lorsque des thérapies standard sont disponibles pour traiter les sujets.⁷⁷ Howard-Jones, par exemple, affirme que le groupe de contrôle des sujets ne devrait jamais être privé des bénéfices thérapeutiques d'un traitement reconnu, sauf s'il est raisonnable de croire qu'un nouveau traitement sera meilleur ou qu'il aura à tout le moins la même efficacité. L'administration d'un placebo à un groupe de contrôle serait, selon lui, éthique seulement lorsqu'il

74. Voir Schafer, *supra* note 35 à la p. 720.

75. Voir Dickens, *supra* note 27 à la p. 637. Toutefois, Helmchen a indiqué que jusqu'à 40 % des sujets prenant un placebo manifestent une réaction positive et, par conséquent, suggère que cela peut être considéré comme un effet thérapeutique. Voir Helmchen, *supra* note 11 à la p. 510. Cet argument, toutefois, ignore la question éthique de savoir si l'on doit permettre que 60 % des sujets prenant un placebo encourent le risque de voir leur condition s'aggraver.

76. Voir K.J. Rothman et K.B. Michels, «The Continuing Unethical Use of Placebo Controls» (1994) 331:6 *New England Journal of Medicine* 394.

77. Voir Sommerville, *supra* note 35 à la p. 87.

n'existe pas de traitement connu pour la maladie visée,⁷⁸ ou bien en guise de solution alternative lorsque des traitements disponibles n'ont pas réussi à améliorer des symptômes embarrassants spécifiques à une maladie particulière.

Par conséquent, les comités d'éthique de la recherche devraient déterminer si un essai clinique contrôlé par randomisation est d'emblée thérapeutique ou non thérapeutique sur la base de l'approche objective recommandée ci-dessus. L'analyse devrait être appliquée à chaque option de traitement disponible pour l'essai clinique contrôlé par randomisation, y compris l'administration d'un placebo. La position suivante est adoptée par *The Law Commission* (Royaume-Uni) :

«L'étiquette [“thérapeutique”] peut également être appliquée aux “essais cliniques contrôlés par randomisation”, là où ni les chercheurs ni les participants ne savent si une personne en particulier reçoit le traitement établi, un placebo, ou le traitement expérimental. Le caractère éthique de tels essais réside en ceci que le chercheur ne peut véritablement dire si c'est l'ancien traitement, l'absence de traitement ou le nouveau traitement qui est préférable, et qu'il affirme en conséquence que toutes les options sont également susceptibles d'être dans les meilleurs intérêts du patient.»⁷⁹ [Traduction]

Toutefois, tel qu'énoncé ci-dessus, le seul fait que le protocole ait été conçu comme thérapeutique par les chercheurs eux-mêmes n'est pas suffisant, particulièrement lorsque les sujets proposés sont des membres de populations vulnérables. Par conséquent, dans les cas où un placebo *est* administré, l'essai clinique contrôlé par randomisation ne devrait pas être automatiquement classé comme non thérapeutique - bien que cela puisse souvent être le cas.

78. Voir Howard-Jones, *supra* note 50 à la p. 1438.

79. Mental Incapacity, *supra* note 62 à la p. 96. Toutefois, la Commission, dans une note infra-paginale, va plus loin en énonçant : [Traduction] Si le chercheur croit qu'un des traitements administrés est en fait meilleur que les autres, alors cette analyse ne s'appliquera pas. Selon nous, l'essai tomberait alors dans la catégorie de la recherche “non thérapeutique”. Dans la majorité des cas toutefois, l'administration d'un placebo sera susceptible d'apparaître dans la classification du protocole comme non thérapeutique.

E. LES QUESTIONS ÉTHIQUES RÉSULTANT DE LA DISTINCTION ENTRE LA RECHERCHE THÉRAPEUTIQUE ET NON THÉRAPEUTIQUE

La conduite de recherches *thérapeutiques* ou cliniques soulève des questions éthiques fondamentales sur le rôle des médecins qui combinent les soins de santé avec la recherche biomédicale. En effet, l'augmentation spectaculaire de la recherche médicale pendant les quarante dernières années a rendu la distinction entre le médecin et le chercheur de plus en plus difficile à fixer.⁸⁰ Cette situation peut mener à un conflit potentiel lorsque la conduite de la recherche et la prestation des soins de santé se produisent simultanément, particulièrement lorsque l'une et l'autre sont assumées par le même individu.⁸¹

Dans son rôle de médecin, l'individu prodiguant le traitement s'engage exclusivement envers le patient à considérer ses intérêts comme la valeur suprême. À cet égard, il est révélateur que les *Lignes directrices du CRM* rappellent que, dans le contexte de la recherche thérapeutique, «le patient a toujours droit au meilleur jugement clinique de la part du médecin, et la recherche ne doit sous aucun prétexte y changer quoi que ce soit».⁸² Par opposition, en tant qu'investigateur scientifique, le même individu a la responsabilité de promouvoir l'acquisition de la connaissance scientifique et doit, par conséquent, demeurer fidèle à l'intégrité scientifique du projet de recherche.⁸³ Un conflit potentiel survient donc entre les buts de la thérapie (le bien-être du patient) et les buts de la recherche (l'avancement de la connaissance scientifique). Comme l'a formulé Katz :

«Dans les contextes thérapeutiques, contrairement aux contextes de recherche, on s'attend à ce que les médecins soient au service du bien-être des patients individuels qui sont devant eux. Tout au long de l'histoire de la médecine, cette attente a offert au médecin une grande

80. P.R. Benson et L.H. Roth, «Trends in the Social Control of Medical and Psychiatric Research» dans D.N. Weisstub, dir., *Law and Mental Health : International Perspectives*, vol. 4, New York, Pergamon Press, 1988, 1 à la p. 3.

81. Voir Brett et Grodin, *supra* note 24 à la p. 1857. Voir également Dickens, *supra* note 27 aux pp. 635-36; Benson et Roth, *ibid.* aux pp. 29-30.

82. Voir CRM Lignes directrices, *supra* note 14 à la p. 9.

83. Voir Schafer, *supra* note 35 à la p. 720.

liberté d'action et l'autorité de prendre des décisions au nom des patients...

Dans la recherche clinique, d'autre part, les patients-sujets sont également utilisés pour les fins de la science. On ne peut exclure impunément les implications de cette différence. Dans ces situations, les investigateurs sont engagés à la fois envers des patients réels et présents, et envers des patients abstraits et à venir. La thérapie axée sur les patients individuels laisse la priorité à un effort axé sur les patients collectifs dans lequel l'abstraction des questions de la recherche a tendance à objectiver la personne-patient.»⁸⁴ [Traduction]

Traditionnellement, les problèmes éthiques fondamentaux provenant de la nature conflictuelle de la dualité du rôle des médecins et des chercheurs tournent autour du fait qu'en pratique, la décision déterminant le caractère thérapeutique ou non thérapeutique d'une procédure particulière était essentiellement prise sur la base d'une évaluation *a posteriori* de l'intention du médecin qui a administré le «traitement». Toutefois, il est difficile d'évaluer l'intention, à moins d'interroger la personne,⁸⁵ ce qui implique d'établir si la procédure devrait être classée comme étant une thérapie ou une recherche reposait fortement sur l'intégrité et l'intuition personnelle du médecin-investigateur individuel.

Le CRM a déclaré sans équivoque que «nul ne devrait faire obstacle à la liberté d'intervention du médecin traitant» et que «l'équilibre entre la thérapie et la recherche repose sur l'intégrité du médecin-chercheur».⁸⁶ Sans soulever de questions sur l'intégrité des médecins menant des recherches sur des patients, nous cherchons à savoir si la distinction entre la recherche thérapeutique et non thérapeutique peut être mieux établie par des individus qui occupent des rôles incompatibles et qui pourraient, par conséquent, avoir des motifs mixtes. Peut-être importe-t-il de s'attacher plus à la formation ou au rôle de l'acteur, qu'à la motivation du médecin ou qu'au résultat escompté. On devrait faire une distinction entre les médecins et les chercheurs. Les médecins sont des cliniciens

84. Voir Katz, *supra* note 27 aux pp. 14-16.

85. Voir Kluge, *supra* note 27 à la p. 166.

86. Voir CRM Lignes directrices, *supra* note 14 à la p. 9.

qui traitent des patients, les chercheurs sont des scientifiques qui entreprennent des recherches. Une telle définition permettrait peut-être d'avertir les cliniciens ne pouvant se prévaloir de qualifications en méthodes de recherche, de ne pas s'aventurer dans des recherches expérimentales. Cela permettrait également de résoudre plusieurs conflits d'intérêts, déjà identifiés, pour le clinicien-chercheur. Les carrières professionnelles dépendent parfois de l'habileté à mener des expérimentations qui donnent des résultats «intéressants» pouvant susciter publications et autres gains professionnels subsidiaires.⁸⁷ Cette contrainte de carrière pourrait rendre très difficile, sinon impossible pour le chercheur, l'action consistant à prendre du recul et à mettre uniquement en pratique, pour chaque patient-sujet, les seuls aspects véritablement thérapeutiques d'un projet de recherche.⁸⁸ Une telle distinction permettrait enfin de résoudre les conflits d'intérêts financiers auxquels doivent faire face plusieurs chercheurs cliniciens impliqués dans des essais cliniques contrôlés par randomisation et identifiés comme recrutant les patients en raison des récompenses financières obtenues pour chaque patient participant à ces essais.

Une autre question éthique d'une importance cruciale concerne le besoin pour le médecin-chercheur d'expliquer très clairement aux sujets humains éventuel, que l'expérimentation implique nécessairement un degré «d'incertitude et de risque».⁸⁹ Ce principe éthique fondamental prend même une plus grande signification lorsqu'il est clair que la plupart des patients-sujets ne comprennent pas la différence entre le traitement et la recherche et imaginent qu'un médecin agira toujours dans l'intérêt de leur santé.⁹⁰

F. CONCLUSION

Nous avançons l'hypothèse que toutes les propositions visant à administrer une *thérapie innovatrice* aux enfants ou aux adultes dont la capacité à octroyer un consentement pourrait être remise en cause, devraient sauf en cas d'urgence, être soumises à l'examen d'un comité d'éthique de la recherche. La

87. Voir Kluge, *supra* note 27 à la p. 45.

88. *Ibid.* à la p. 166.

89. *Ibid.* à la p. 165. Voir également Helmchen, *supra* note 11 à la p. 508.

90. C.W. Lidz et al., *Informed Consent : A Study of Decision-making in Psychiatry*, New York, Guilford Press, 1984 à la p. 235.

procédure devrait être traitée comme une *expérimentation* si le comité arrive à l'une ou l'autre de ces conclusions :

- l'intervention suggérée a très peu de chances d'être avantageuse pour la santé du patient;
- aucun traitement orthodoxe approprié à la condition du patient n'a encore été essayé;
- les risques sont plus que négligeables;
- la motivation du médecin traitant peut être considérée comme investigatrice, pour autant que cela soit indiqué par les procédures qui doivent être exécutées en plus de la «thérapie innovatrice» suggérée, et qui pourraient d'avantage évoquer l'expérimentation que le traitement.

La détermination du caractère thérapeutique ou non thérapeutique d'une expérimentation devrait plutôt être faite sur la base d'une évaluation objective du protocole complet de la recherche que sur la base de l'intention énoncée par les chercheurs impliqués. De telles déterminations devraient être faites par des comités d'éthique de la recherche.

Un protocole devrait être considéré *thérapeutique* seulement s'il satisfait aux conditions suivantes :

- le patient-sujet peut s'attendre à recevoir un bénéfice thérapeutique immédiat et raisonnablement prévisible, relié directement à l'intervention thérapeutique suggérée et pouvant être étayé par les données scientifiques disponibles;
- l'objectif thérapeutique n'est pas compromis par les éléments non thérapeutiques de l'expérimentation;
- les risques associés aux procédures non thérapeutiques requises par l'expérimentation doivent être jugés négligeables.

Si un protocole ne parvient pas à satisfaire à toutes ces conditions, il doit être classifié comme propre à une *expérimentation non thérapeutique*.

Les comités d'éthique de la recherche devraient déterminer si un essai clinique contrôlé par randomisation est d'emblée thérapeutique ou non thérapeutique, sur la base de l'approche objective recommandée ci-dessus. L'analyse devrait être appliquée à chaque option de traitement disponible dans l'essai clinique contrôlé par randomisation, y compris l'administration d'un placebo. Dans les cas où un placebo est administré, l'essai clinique contrôlé par randomisation ne devrait pas être automatiquement classé comme non thérapeutique.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'« EXPÉRIMENTATION » ET LES « SOINS INNOVATEURS » :
L'ARTICLE 21 C.C.Q. ET LES AFFRES DE L'IMPRÉCISION

Auteur(s) : Robert P. KOURI, Suzanne PHILIPS-NOOTENS

Revue : *RDUS*, 1996-1997, volume 27, numéro 1-2

Pages : **89-136**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12848>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12848>

Page vide laissée intentionnellement.

**L'«EXPÉRIMENTATION»
ET LES «SOINS INNOVATEURS» :
L'ARTICLE 21 C.C.Q.
ET LES AFFRES DE L'IMPRÉCISION***

par Robert P. KOURI**
Suzanne PHILIPS-NOOTENS***

L'article 21 du Code civil du Québec, qui énonce certaines règles concernant l'expérimentation médicale, demeure une source de confusion tant pour les juristes que pour les scientifiques car il vise à la fois la réglementation de la thérapie expérimentale, de l'expérimentation purement scientifique et des soins innovateurs, mais sans préciser la portée de ces termes. Les auteurs soulignent que les interventions de ce genre font partie d'un continuum sur lequel elles se situent selon l'objectif principal poursuivi (le traitement de la maladie ou l'acquisition des connaissances), ainsi que selon le degré d'incertitude inhérent à l'acte même. La qualification de l'acte en termes d'expérimentation scientifique, de thérapie expérimentale ou de soins jugés innovateurs est primordiale, car elle détermine les conditions juridiques qui y sont applicables.

*. Le présent texte a été soumis pour publication le 30 janvier 1998. Les auteurs témoignent leur vive gratitude à M^{me} Jocelyne Cliche, Directrice associée à l'administration au Centre de recherche clinique du CUSE, pour sa précieuse collaboration, notamment pour l'information et les références concernant les aspects cliniques de la recherche.

**, Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

***, Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

Article 21 of the Quebec Civil Code, which sets out the rules governing medical experimentation, is an ongoing source of confusion for jurists and researchers since it is intended to regulate therapeutic experimentation, purely scientific research and innovative care but without first defining these terms. The writers point out that activities of this nature form part of a health care continuum and their relative positions on this continuum depend upon the primary objective pursued by the health professional, whether the treatment of an illness or the pursuit of knowledge, as well as the degree of uncertainty inherent in the act itself. This determination then entails certain consequences which relate to the legal conditions under which pure research, clinical experimentation or innovative treatment can be undertaken.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	93
1. Des affres de l'imprécision à l'établissement d'une distinction entre l'expérimentation et les soins innovateurs	102
a) Les inconvénients de l'imprécision	102
b) La distinction entre l'expérimentation et les soins innovateurs : la démarcation dans un <i>continuum</i>	106
2. Les conséquences de la qualification de l'acte à la lumière du droit positif	114
a) Les conditions de fond de l'expérimentation	114
1° L'évaluation des bienfaits et des risques	114
2° L'obtention du consentement libre et éclairé	120
b) Les procédures relatives à l'expérimentation	128
1° La présentation au comité d'éthique de la recherche	129
2° L'autorisation du tribunal si nécessaire	130
CONCLUSION	132

INTRODUCTION

Les dispositions du nouveau Code civil concernant l'expérimentation médicale sont l'aboutissement d'une évolution éthique et légale qui a été profondément influencée par plusieurs événements dans l'histoire de la recherche biomédicale ainsi que par la nature même de l'exercice de la médecine.

Jadis, les chercheurs faisaient parfois l'essai de nouveaux médicaments ou vaccinations sur eux-mêmes avant de les administrer aux autres.¹ Une connotation d'héroïsme et d'altruisme se rattachait donc à ces activités scientifiques.² L'histoire a aussi connu des chercheurs qui, par leur savoir, ont pu intervenir et sauver la vie du patient : l'administration du premier vaccin antirabique par Louis Pasteur à Joseph Meister, un enfant mordu par un chien enragé, n'a-t-elle pas servi d'inspiration à plusieurs générations d'entre eux? Par contre, l'humanité a connu également les horreurs perpétrées au nom de la science par les expérimentateurs nazis, ce qui a provoqué l'intervention de la communauté internationale en vue de réprimer de tels abus.³

L'expérimentation fait partie du quotidien car, de par sa nature et nonobstant l'intention de la personne qui l'administre, tout acte médical constitue en quelque sorte une expérience à cause des incertitudes plus ou moins importantes entourant l'efficacité de l'intervention et les risques qui s'y rattachent.⁴ Il est cependant indispensable d'y discerner des degrés divers.

Sans doute conscient de ces facteurs et en vue de combler le vide législatif entourant une activité courante de la science médicale, le législateur québécois a voulu adopter des règles devant permettre aux scientifiques de contribuer au savoir tout en respectant l'intégrité du patient ou du sujet. À la

-
1. *Human Experimentation : Federal Laws, Legislative Histories, Regulations and Related Documents*, N.Y., Oceana Publications Inc., 1985 à la p. 3.
 2. N. King, «Experimental Treatment : Oxymoron or Aspiration?», (1995) 25:4 Hastings Center Report 6.
 3. Voir U.S. c. *Karl Brandt et al.*, Nuremberg Military Tribunals, Trials of War Criminals, vol. 2, Washington, D.C., U.S. Printing Office, 1947 à la p. 181.
 4. J. Katz, «Human Experimentation and Human Rights», (1993) 38 Saint Louis University Law Journal 7 à la p. 12.

lecture des articles 20 et 21 du nouveau *Code civil du Québec*,⁵ il semble évident qu'en plus des sources mentionnées par le ministre de la Justice dans ses *Commentaires*,⁶ c'est-à-dire le livre 1, articles 16 et 17, du *Projet de Code civil* de l'Office de révision du Code civil⁷ ainsi que l'article 20 du *Code civil du Bas-Canada*, certains textes internationaux ou étrangers comme la *Déclaration d'Helsinki*,⁸ la législation française⁹ et le *Belmont Report*¹⁰ ont joué un rôle non négligeable dans l'élaboration du droit positif au Québec.

Si nous suivons l'ordre chronologique, la *Déclaration d'Helsinki*, adoptée par l'Association médicale mondiale en 1964 et subséquemment amendée en 1975, 1983 et 1989, apporte une distinction fondamentale entre la recherche thérapeutique (la recherche clinique) et la recherche non-thérapeutique (la recherche biomédicale non-clinique),¹¹ tout en reconnaissant

5. Voir ci-après.

6. Québec, Commentaires du ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, t. 1 à la p. 21.

7. Québec, Office de Révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1978.

8. «Déclaration d'Helsinki, Recommandations destinées à guider les médecins dans les recherches biomédicales portant sur l'être humain», reproduite dans Organisation mondiale de la santé et Conseil des Organisations internationales des Sciences médicales, *Directives internationales proposées pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains*, Genève, CIOMS, 1982, ainsi que dans Conseil de recherches médicales du Canada, *La déontologie de l'expérimentation chez l'humain*, Ottawa, 1978 aux pp. 61-64. La version originale de 1964 est également citée en annexe de l'ouvrage de M.-L. Delfosse, *L'expérimentation médicale sur l'être humain*, Bruxelles, ERPI, 1993 à la p. 302 (annexe 5).

9. *Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988*, J.C.P. 1989. III. 62199.

10. National Commission, *The Belmont Report : Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*, DHEW Pub. N° (OS) 78-0012 (1978).

11. *Supra* note 8. M.-L. Delfosse, *supra* note 8 rapporte également la surprenante Circulaire du Ministère de l'Intérieur du Reich allemand du 28 février 1931, intitulée *Directives concernant les nouveaux traitements médicaux et l'expérimentation scientifique sur l'être humain*, qui édicte, en matière de traitements nouveaux et d'expérimentation, des règles relatives à la protection et à la dignité des patients ou sujets qui sont en tous points conformes aux principes prônés aujourd'hui. Est-ce la dérive et les horreurs qui ont suivi qui ont empêché les auteurs et organismes de reconnaître aux scientifiques allemands la paternité de ces principes?

la possibilité de joindre la recherche biomédicale aux soins médicaux.¹² Elle énonce aussi l'exigence éthique voulant que chaque phase de l'expérimentation soit clairement définie dans un protocole ayant été soumis au préalable à un comité indépendant pour «examen, commentaire et conseil».¹³ Non seulement confirme-t-elle le principe du volontariat déjà évoqué par le *Code de Nuremberg*,¹⁴ mais elle souligne également qu'une expérience ne peut être tentée que si l'importance du but visé est en rapport avec le risque couru par le sujet.¹⁵ On reconnaît aussi la validité de la recherche sur les incapables et les mineurs avec le consentement du représentant ou d'un proche.¹⁶ Dans le cas du mineur doué de discernement, on a affirmé la nécessité d'obtenir le consentement de celui-ci.¹⁷

En 1971, et suite aux recommandations de l'Office de révision du Code civil, le Québec ajoute au *Code civil du Bas-Canada* de nouvelles dispositions portant, entre autres, sur l'expérimentation.¹⁸ Ainsi, selon le libellé de l'article 20 dudit *Code* tel qu'amendé,

«Le majeur peut... se soumettre à une expérimentation, pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer.

Le mineur doué de discernement le peut également avec l'autorisation d'un juge de la Cour supérieure et le consentement du titulaire de l'autorité parentale à condition qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé.

...

-
12. *Supra* note 8, partie 2, article 6. Voir M. A. Vennell, «Medical Research and Treatment : Ethical Standards in the International Context» (1995) 2 *Medical Law International* 1 à la p. 5.
13. *Ibid.* note 8, partie 1, article 2.
14. *Supra* note 3, les principes fondamentaux numéros 1 et 9.
15. *Supra* note 8, partie 1, article 5.
16. *Id.* partie 1, article 11.
17. *Ibid.*
18. *Loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la Loi abolissant la mort civile*, L.Q. 1971, c. 84, article 3, sanctionnée le 1^{er} décembre 1971.

Le consentement doit être donnée par écrit; il peut être pareillement révoqué.»

Plusieurs observations s'imposent quant à ces modestes dispositions. D'abord seuls les mineurs doués de discernement et les majeurs aptes semblent pouvoir participer à une expérience; la recherche purement scientifique sur les mineurs non doués de discernement ou sur les majeurs inaptes serait donc proscrite.¹⁹ En second lieu, cet article ne vise que l'expérimentation purement scientifique,²⁰ la recherche clinique étant régie par les règles de droit commun applicables aux soins médicaux ordinaires. Enfin, l'exigence de la prépondérance des bienfaits «qu'on peut espérer» par rapport aux risques est retenue.

En 1978, l'Office de Révision du Code civil dépose son *Projet de Code civil* et, à quelques modifications près, retient les principes énoncés par le *Code civil du Bas-Canada*. L'article 16 du *Projet* se lit comme suit :

«Le majeur peut consentir ... à se soumettre à une expérimentation non thérapeutique, pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer.

Le mineur le peut également avec l'autorisation des père et mère ou, à leur défaut, du titulaire de l'autorité parentale et celle du juge, à condition qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé.

19. Cet aspect est souvent méconnu dans le monde de la recherche médicale.

20. W. Bowker, «Experimentation on Humans and Gifts of Tissue : Articles 20-23 of the Civil Code», (1973) 19 *Revue de droit McGill* 161 à la p. 166; J.-L. Baudouin, «L'expérimentation sur les humains : un conflit de valeurs», (1981) 26 *Revue de droit McGill* 809 à la p. 819. F. Héleine n'est pas de cet avis : «Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain», (1976) 36 *R. du B.* 2 aux pp. 29-30. Le raisonnement de A. Mayrand dans son livre, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975 p. 16, semble irréfutable : «L'article 20 du Code civil vise deux espèces d'atteinte à l'inviolabilité de la personne : l'aliénation d'une partie du corps et le fait de le soumettre à une expérimentation. Dans le premier cas, on donne une partie de son corps; dans le second, on le prête. Dans l'un et l'autre, on pose généralement un geste altruiste. ... L'expérimentation médicale proprement dite poursuit un but scientifique, non pas thérapeutique; elle n'est pas effectuée dans l'intérêt du volontaire qui s'y soumet.»

...

Le consentement doit être donné par écrit ; il peut être révoqué par écrit ou, si la révocation est faite en présence de la personne chargée de faire ... l'expérimentation, par déclaration verbale.»

Et l'article 17 ajoute :

«Nul ne peut soumettre un enfant ou un majeur, non doué de discernement, à une expérimentation non thérapeutique qui peut représenter un danger pour sa santé.»

Déjà, quelques modifications appréciables au *Code civil du Bas-Canada* sont évidentes. Le texte du *Projet de Code civil* énonce que la personne non douée de discernement, qu'elle soit majeure ou mineure, peut être soumise à l'expérimentation non thérapeutique, mais à la condition qu'il n'y ait aucun risque pour sa santé.²¹

Toujours en 1978, aux États-Unis, la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* dépose le *Belmont Report : Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*.²² Bien que ce rapport ait pour but de guider le gouvernement fédéral dans l'élaboration d'une réglementation sur la recherche subventionnée par l'État américain, il jouit d'une grande autorité morale qui transcende les frontières à cause de sa rigueur. Le *Belmont Report* écarte la division binaire entre les actes thérapeutiques et les actes non thérapeutiques pour y substituer la distinction entre la pratique et la recherche, fondée essentiellement sur l'intention du médecin-chercheur lorsque l'acte médical est posé. Il consacre aussi la notion de «soins innovateurs», qui se situent entre les pratiques standard et la recherche clinique ou thérapie expérimentale.

21. Office de révision du Code civil, *supra* note 7, vol. II, Commentaires, t. 1 à la p. 29 : «Cet article, de droit nouveau, vise à empêcher qu'une personne non douée de discernement puisse être soumise à une expérimentation susceptible de présenter des risques pour sa santé. *A contrario*, il permet l'expérimentation sans risque, ce que ne semble pas faire l'article 20 du Code civil».

22. *Supra* note 10.

La *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*,²³ connue sous le nom de *Projet de loi 20*, est adoptée et sanctionnée le 15 avril 1987, mais elle n'est jamais mise en vigueur. Malgré tout, ses dispositions relatives à l'expérimentation illustrent l'évolution des idées qui se manifeste entre le Code civil du Bas-Canada et le Code civil du Québec. L'article 18 de cette loi énonce que :

«Le majeur peut ... se soumettre à une expérimentation, pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait espéré.

Le titulaire de l'autorité parentale, le tuteur ou le curateur peut, sous la même condition et s'il est autorisé par le tribunal, consentir ... à une expérimentation qui concerne un mineur ou un majeur inapte à consentir. Cependant, le refus du mineur de quatorze ans fait obstacle à toute ... expérimentation.»

L'article 20 est également pertinent :

«Le tribunal doit, avant de statuer sur la demande d'autorisation s'assurer que ... les expérimentations sont dans l'intérêt de la personne concernée et qu'ils sont opportuns dans les circonstances; il doit aussi s'assurer que le risque présenté par ces actes n'est pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer ou qu'[elles] sont bénéfiques pour la personne ... »

Ainsi, à cette étape, le législateur n'autorise que l'expérimentation clinique pour les mineurs et les majeurs inaptes.

En 1988, la loi française N° 88-1130 du 20 décembre 1988 relative à la *protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*²⁴ ajoute au *Code de la santé publique*²⁵ des dispositions permettant dorénavant des recherches sans finalité thérapeutique directe sur les mineurs et les majeurs sous tutelle, à condition qu'elles ne présentent aucun risque sérieux prévisible pour leur santé, qu'elles soient utiles à des personnes présentant les mêmes

23. L.Q. 1987, c.18. Certaines de ses dispositions seront toutefois intégrées dans d'autres lois.

24. *Supra* note 9.

25. *Id.*, Livre II, «Protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales».

caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap et qu'elles ne puissent être réalisées autrement.²⁶

Avec l'adoption, en décembre 1991, du nouveau *Code civil du Québec* et son entrée en vigueur le premier janvier 1994, le droit québécois reconnaît désormais, de façon formelle ou implicite, sous le vocable très général de «soins», six types d'interventions sur la personne humaine, que l'on peut regrouper en deux grandes catégories : d'une part, les interventions faites dans l'intérêt de la personne même, comprenant les actes médicaux standard requis (prévention, diagnostic, traitement, etc.) ou non requis (esthétique par exemple) par l'état de santé,²⁷ les soins à visée thérapeutique qualifiés d'innovateurs²⁸ et la thérapie expérimentale;²⁹ d'autre part, les interventions effectuées cette fois dans l'intérêt d'autrui : recherche ou expérimentation purement scientifique et don d'organe.³⁰ Ces distinctions ont notamment pour objectif de fournir une plus grande protection aux personnes vulnérables,³¹ surtout lorsque l'intervention pratiquée n'est pas immédiatement requise par leur état de santé.

Les articles 20 et 21 C.c.Q., traitant de l'expérimentation et des soins innovateurs, se lisent comme suit :

Art. 20 : «Une personne majeure, apte à consentir, peut se soumettre à une expérimentation pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer.»

Art. 21 : «Un mineur ou un majeur inapte ne peut être soumis à une expérimentation qu'en l'absence de risque sérieux pour sa santé et d'opposition de sa part s'il comprend la nature et les conséquences de l'acte; le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du mandataire, tuteur ou curateur est nécessaire.

26. *Id.*, article 209-6.

27. Articles 12 à 18 C.c.Q.

28. Mentionnés seulement à l'article 21 al. 4 C.c.Q.

29. Article 21 al. 2 C.c.Q.

30. Articles 19 à 22 C.c.Q. Les articles 23 à 25 énoncent des principes généraux : les éléments et avis que le tribunal doit, lorsqu'il y a lieu, prendre en considération, le consentement écrit, la gratuité du don ou de la participation à l'expérimentation.

31. Voir les Commentaires du ministre de la Justice, *supra* note 6 à la p. 22.

L'expérimentation qui ne vise qu'une personne ne peut avoir lieu que si l'on peut s'attendre à un bénéfice pour la santé de la personne qui y est soumise et l'autorisation du tribunal est nécessaire.

Lorsqu'elle vise un groupe de personnes mineures ou majeures inaptes, l'expérimentation doit être effectuée dans le cadre d'un projet de recherche approuvé par le ministre de la Santé et des Services sociaux, sur avis d'un comité d'éthique du centre hospitalier désigné par le ministre ou d'un comité d'éthique créé par lui à cette fin; il faut de plus qu'on puisse s'attendre à un bénéfice pour la santé des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap que les personnes soumises à l'expérimentation.

Ne constituent pas une expérimentation les soins que le comité d'éthique du centre hospitalier concerné considère comme des soins innovateurs qui sont requis par l'état de santé de la personne qui s'y soumet.»

Si l'article 20, visant seulement les personnes majeures aptes, ne pose pas de difficulté d'interprétation, l'article 21, lui, traite à la fois de l'expérimentation, de la thérapie expérimentale et des soins innovateurs chez les mineurs et les majeurs inaptes. Le législateur s'est, en règle générale, soucié de définir les termes du *Code civil* susceptibles d'entraîner des conséquences pour les sujets de droit.³² À l'égard des expressions «expérimentation» et «soins innovateurs» cependant, il a manifesté une réticence regrettable. Le commentaire du ministre de la Justice réduit la distinction entre ces deux termes à une tautologie :

«Sans définir ce qu'est une expérimentation, il [le quatrième alinéa de l'article] précise que les soins innovateurs n'en constituent pas une, tout en laissant au comité d'éthique du centre hospitalier concerné la responsabilité de déterminer

32. A.F. Bisson, «Dualité de systèmes et codification civiliste», dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1992, 39 à la p. 48.

ce qui constitue des *soins innovateurs requis par l'état de santé de la personne qui s'y soumet*, plutôt qu'une expérimentation.»³³

Quant à «l'expérimentation qui ne vise qu'une personne», mentionnée à l'alinéa 2, elle a un but au moins partiellement thérapeutique, puisqu'elle doit apporter «un bénéfice pour la santé de la personne qui y est soumise», contrairement à l'expérimentation sur un groupe de personnes inaptes qui doit bénéficier à un groupe analogue, mais pas, *a priori*, aux sujets eux-mêmes. Cette expérimentation sur un seul sujet est aussi la seule à requérir l'autorisation d'un tribunal. Les *Commentaires du ministre de la Justice* n'apportent, ici non plus, aucun éclairage utile.³⁴

À cause de l'importance des conséquences découlant des distinctions à faire entre ces différentes interventions, l'absence de précision crée un certain nombre d'écueils pour ceux et celles qui participent à une activité qui s'avère expérimentale. Nous nous pencherons en premier lieu sur les difficultés que peut susciter l'imprécision des termes employés par le législateur et sur le défi de tracer des limites précises dans un *continuum*. Nous traiterons ensuite des conséquences juridiques et déontologiques de la qualification de l'acte posé.

33. *Supra* note 6 à la p. 22. Ce commentaire du ministre a amené Monique Ouellette à dire, non sans ironie («Des personnes» dans *La Réforme du Code civil*, t. 1, *Personnes, successions, biens*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, 11 à la p. 35) : «Qu'est-ce qu'un soin innovateur? Le commentaire, à cet égard, est tout à fait illuminant(!).» De façon plus généreuse, en parlant du cadre juridique entourant les actes concernant la personne, Édith Deleury (dans «Du corps que l'on est au corps que l'on a : Quelques réflexions à propos des nouvelles dispositions du Code civil sur les prélèvements d'organes et de tissus et sur l'expérimentation chez les sujets humains», (1995) 6 *Intern J. of Bioeth./Jal Intern Bioéth.* 230 à la p. 231) affirme que, «Ces nouvelles dispositions ne brillent cependant pas par leur clarté. Elles interrogent parfois par le laxisme qu'autorise leur généralité ou encore, par leur complexité.» Voir également J. Gauthier, A. Patterson, «L'expérimentation», dans la *Collection Code civil du Québec*, Montréal, Association des hôpitaux du Québec, 1993 à la p. 4.

34. *Id.* à la p. 22.

1. Des affres de l'imprécision à l'établissement d'une distinction entre l'expérimentation et les soins innovateurs

Le progrès thérapeutique ne se conçoit évidemment pas sans la recherche. De l'idée d'origine à l'application courante se déroule un *continuum* qui, à partir d'un certain stade, implique successivement l'expérimentation sur l'humain, les premiers essais cliniques, la thérapie nouvelle, et enfin, l'entrée dans les «moeurs médicales», soit la qualification de «soins conformes aux données acquises de la science».³⁵ Ces différentes étapes ont des implications multiples et bien différentes quant aux répercussions qu'elles peuvent avoir sur les humains, sujets de recherche d'abord puis, finalement, patients à part entière, et ce sont donc les impératifs de protection des personnes qui ont amené ces distinctions, avec les exigences scientifiques, médicales, éthiques et juridiques qui en découlent. D'où l'importance de qualifier avec le plus d'exactitude possible l'intervention en cause, et donc d'éviter autant que possible la confusion dans le vocabulaire employé : celle-ci ne fait que perpétuer la confusion quant au fond, créant ainsi des situations ambiguës, regrettables quand l'objectif est aussi important.

Recherche, expérimentation, thérapie innovatrice, thérapie expérimentale, expérimentation thérapeutique, recherche thérapeutique... où en sommes-nous? Comment le patient-sujet, ou ses proches, peuvent-ils s'y retrouver, particulièrement dans les situations où le médecin traitant est aussi chercheur? Comment le chercheur lui-même peut-il qualifier adéquatement le geste qu'il pose?

a) Les inconvénients de l'imprécision

Le législateur n'ayant pas pris la peine de définir ce qu'il entend par «expérimentation» et «soins innovateurs», on assiste à des interprétations variées, marquées du sceau de la confusion. L'absence de définitions précises se fait sentir d'autant plus que l'application de certaines règles est confiée à des organismes exerçant une discrétion assez étendue et lourde de conséquence. En effet, le *Code civil du Québec* consacre pour la première fois l'existence légale de comités d'éthique. L'article 21 al. 3 C.c.Q. exige l'approbation par eux des

35. Selon la formule consacrée par la jurisprudence en matière de responsabilité médicale.

protocoles de recherche impliquant des groupes de personnes inaptes. Ces comités peuvent être, aux termes de l'article, des comités hospitaliers approuvés ou un comité créé par le Ministre à cette fin. À l'article 21 al. 4, la détermination que l'activité médicale poursuivie est considérée comme un soin innovateur semble, en cas de doute, revenir exclusivement au comité d'éthique du centre hospitalier. Mais s'agit-il alors, puisque nous sommes à la frontière de la clinique, du même comité, soit celui de la recherche, ou plutôt du comité d'éthique clinique, lorsque ces deux comités sont distincts dans l'institution?³⁶ Quelle est la composition de ce comité et quelle compétence exige-t-on de ses membres? Un comité composé uniquement ou majoritairement de chercheurs, par exemple, est-il aussi valable aux yeux de la loi et de la société qu'un comité avec des membres ayant une formation plus hétérogène?³⁷ La tentation pourrait être grande, pour certains, de qualifier un acte de «soin innovateur» plutôt que de «thérapie expérimentale» car il serait alors possible pour les chercheurs de procéder sans contrainte externe.³⁸ Il y aurait ainsi rétrécissement ou compression de la phase expérimentale permettant d'aboutir plus rapidement à la phase «innovatrice», peut-être au détriment de la sécurité des personnes. Des situations factuelles très similaires³⁹ peuvent ainsi mener à des qualifications différentes. Est-il vraiment opportun d'attendre le développement d'une «jurisprudence éthique» sur la question afin de pouvoir préciser l'acception exacte des expressions utilisées par le législateur?

Le législateur prend la peine de souligner que les seuls soins innovateurs dont il est question à l'article 21 al. 4 C.c.Q sont ceux «requis par l'état de santé» de la personne. La discrétion du comité d'éthique ne s'étend donc apparemment pas aux actes non thérapeutiques. Tous les autres soins seraient-ils alors soit des

36. M. Ouellette, *supra* note 33 à la p. 36.

37. J. Gauthier, A. Patterson, *supra* note 33 à la p. 6, d'autant plus qu'il s'agit «d'un jugement d'ordre médical». Voir aussi Conseil de Recherches Médicales du Canada, *Lignes directrices concernant la recherche sur des sujets humains*, 2^e éd., Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1987 à la p. 47.

38. N. King, *supra* note 2 à la p. 9. Voir également M. Castelli, M. Cadorette, «L'expérimentation biomédicale et l'inviolabilité de la personne : autodétermination ou protection de l'intégrité physique» (1994) 25 R.G.D. 173 à la p. 192; J. Gauthier, A. Patterson, *id.*, où les auteurs parlent de la possibilité de «court-circuiter» le processus régissant les projets d'expérimentation.

39. M. Ouellette, *supra* note 33 à la p. 36.

soins ordinaires ou standard, soit des actes expérimentaux? Pourtant, il existe des soins innovateurs qui ne sont pas exigés par l'état de santé de la personne comme, par exemple, une nouvelle technique de stérilisation purement contraceptive.⁴⁰ S'agit-il d'un oubli? En effet, le critère applicable aux soins innovateurs, exigeant qu'il s'agisse de soins administrés d'abord et avant tout dans l'intérêt de l'individu, semble être respecté même dans le cas des actes non thérapeutiques à caractère personnel.⁴¹

Le législateur n'a pas défini non plus ce qu'il entend par «expérimentation». Le *Rapport Deschamps*⁴² souligne avec inquiétude le fait que certains chercheurs se targuent de cette lacune pour tenter de soustraire aux exigences de la loi ce qu'ils qualifient de «recherche», par opposition à l'expérimentation : «il existe un réel danger que chacun définisse comme bon lui semble le terme expérimentation et qu'il naisse, dans le réseau des établissements de santé, des pratiques et des interprétations différentes d'un établissement à l'autre».⁴³ Nous ne pouvons qu'endosser la position des auteurs de ce document voulant que «tout projet de recherche en santé portant sur des mineurs ou des majeurs inaptes qui comporte la validation d'une hypothèse en

40. *Cryderman c. Ringrose*, [1977] 3 W.W.R. 109 (Alta. Dist. Ct.); [1978] 3 W.W.R. 481, 89 D.L.R. 3d. 32.

41. J.-L. Baudouin se sert de l'expression «égoïste», voir «Les expériences biomédicales humaines : modèles et modalités des systèmes actuels de garantie des droits de la personne», dans J. Iliopoulos-Strangas, dir., *Expérimentation biomédicale et droits de l'homme*, Paris, P.U.F. 1988, 62 à la p. 63.

42. Soucieuse de faire le point sur la situation des mécanismes de contrôle de la recherche clinique au Québec, la ministre de la Santé d'alors, M^{me} Lucienne Robillard, donnait en 1994 mandat à un comité spécial de se pencher sur différents aspects de la question. Le rapport de ce comité, très complet, présente une analyse des situations et des pratiques en matière de recherche clinique au Québec, des mécanismes d'évaluation nécessaires au maintien de la qualité de la recherche et à la protection des personnes, et il met de l'avant les principes devant orienter les actions en ce domaine : Québec, Comité d'experts sur l'évaluation des mécanismes de contrôle en matière de recherche clinique, *Rapport sur l'évaluation des mécanismes de contrôle en matière de recherche clinique au Québec*, Québec, 1995 [ci-après cité le *Rapport Deschamps*]. Voir également Conseil national de la bioéthique en recherche chez les sujets humains (CNRBH), «Les aspects éthiques de l'expérimentation auprès des sujets humains : Réinventer le comité d'éthique pour la recherche», (1995) 7:1 Communiqué; S. Verdun-Jones and D. Weisstub, «The Regulation of Biomedical Research Experimentation in Canada : Developing an Effective Apparatus for the Implementation of Ethical Principles in a Scientific Milieu», (1996-97) 28 Ottawa L. Rev. 297.

43. Le *Rapport Deschamps*, id. annexe 6 à la p. 88.

recourant à une méthodologie scientifique rigoureuse devrait être soumis au ministre de la Santé et des Services sociaux pour approbation». ⁴⁴ En effet, si l'on considère les définitions données au dictionnaire, tant l'expérimentation que la recherche répondent à ces critères. ⁴⁵ Dans ses commentaires sous l'article 21 C.c.Q., le Ministre emploie le terme de recherche, ce qui prouve bien qu'il n'a pas l'intention d'exclure celle-ci de sa zone d'application. Cependant, étant donné que cette disposition figure dans le chapitre portant sur l'intégrité de la personne, elle implique selon nous une intervention ou une observation faisant intervenir directement la personne du sujet : en effet, la définition large de «soins», à l'article 11 C.c.Q., parle bien «d'examen, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention». Le *Rapport Deschamps* précise qu'il existe plusieurs types de recherches en santé. ⁴⁶ Celles qui nous intéressent directement ici sont la recherche clinique, elle-même divisée en plusieurs catégories, et la recherche pharmacologique, qui, toutes deux, impliquent directement le recours à des personnes humaines. Les recherches portant uniquement sur des dossiers, par exemple, relèveraient du droit au respect de la vie privée et du secret professionnel. ⁴⁷ Ce dernier type de recherche nécessite aussi l'approbation d'un comité d'éthique (mais non celle du Ministre) en vertu des règles générales relatives à la déontologie de la recherche, et l'autorisation de la Commission d'accès à l'information. ⁴⁸

44. *Ibid.*

45. Dictionnaire Le Nouveau Petit Robert : Expérience : «le fait de provoquer un phénomène dans l'intention de l'étudier.» Expérimentation : «emploi systématique de l'expérience scientifique.» Recherche : «ensemble des travaux, des activités intellectuelles qui tendent à la découverte de connaissances et de lois nouvelles.» L'expérimentation est donc un aspect particulier de la recherche.

46. Le *Rapport Deschamps*, *supra* note 42 à la p. 30, réfère à la classification du Fonds de recherche en santé du Québec, qui distingue huit types de recherches : *Plan triennal 1993-1996*, Montréal, FRSQ, 1993 aux pp. 40 à 43.

47. Articles 35 et ss C.c.Q., *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, articles 5 et 9.

48. Conseil de recherches médicales du Canada, *supra* note 37 aux pp. 8 et 48. Le terme de recherche est entendu au sens large, *ibid.* à la p. 7. Voir également Conseil de recherches médicales du Canada, Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie du Canada, Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, *Code d'éthique de la recherche avec des êtres humains*, Hull, Approvisionnement et services Canada, 1997 aux pp. 4-5 (ci-après Les trois Conseils), et la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1, articles 59 et 125.

b) La distinction entre l'expérimentation et les soins innovateurs : la démarcation dans un *continuum*

L'ambiguïté du vocabulaire et l'absence de précision quant au bénéficiaire du bienfait à l'article 20 C.c.Q.,⁴⁹ la confusion constatée à l'article 21 C.c.Q., ne facilitent certes pas la distinction entre la thérapie expérimentale, les soins innovateurs, et la recherche pure. Or, une qualification adéquate est essentielle, puisqu'il en découle des conséquences importantes.⁵⁰ Le critère déterminant doit-il relever de la démarche au fond ou de la procédure suivie? Opter pour la deuxième serait confondre la fin et les moyens. Pour la Commission de réforme du droit du Canada,⁵¹ pour la Commission Belmont,⁵² tout comme pour Jean-Louis Baudouin⁵³ et d'autres auteurs,⁵⁴ c'est l'objectif principalement poursuivi par le professionnel lors de l'intervention auprès de la personne (objectif auquel s'ajoutera alors le degré d'incertitude inhérent à l'acte) qui doit dicter la qualification du geste : nous souscrivons sans réserve à cette

49. Si la personne apte accepte de participer à une expérimentation, elle le fait au bénéfice de la science et de la société : il y a donc dissociation entre le bénéficiaire et le sujet qui assume les risques. S'il s'agit de thérapie expérimentale, le sujet y trouve également son compte. L'article 20 englobe, pour les personnes aptes, les deux situations, alors que celles-ci sont visées, à l'article 21, par les alinéas 2 et 3 respectivement.

50. Voir ci-après, partie 2.

51. Commission de réforme du droit, *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain*, Ottawa, 1989 aux pp. 4 à 6.

52. *Rapport Belmont*, *supra* note 10.

53. J.-L. Baudouin, *supra* note 20 aux pp. 841 et ss.

54. D. Cowan, «Innovative Therapy versus Experimentation», (1986) 21 Tort and Insurance L. J. 619. Pour G. Tomosy and D. Weisstub, «The Reform of Adult Guardianship Laws : The Case of Non-Therapeutic Experimentation», (1997) 20:1 International Journal of Law and Psychiatry 113 aux pp. 114-115, c'est l'analyse du protocole «based on an objective appraisal of the experiment as a whole rather than on the stated intent of the researcher» qui permet de qualifier l'intervention. La nuance n'est probablement qu'apparente : il est vrai que l'objectif poursuivi ne peut pas et ne doit pas toujours se déduire de la seule intention énoncée par le chercheur. Pour ces auteurs, les termes «innovative therapy» et «therapeutic research» ne devraient plus être employés. D. Weisstub et S. Verdun-Jones, «Pour une distinction entre l'expérimentation thérapeutique et l'expérimentation non thérapeutique», (1996-97) 27 R.D.U.S. 49 aux pp. 68 et s. Ces auteurs insistent sur les aspects éthiques de la distinction.

position.⁵⁵ La thérapie innovatrice, tout comme la thérapie expérimentale, tout enrichissante qu'elle puisse être pour la connaissance scientifique, poursuit au premier chef l'intérêt du patient : il s'agit de tenter d'améliorer son sort, voire de sauver sa vie. L'expérimentation vraie, quant à elle, a pour objectif premier l'acquisition de connaissances nouvelles, et la participation du sujet humain, requise seulement dans la mesure où elle constitue une étape indispensable, s'inscrit dans cette perspective. Le vocabulaire est significatif : le «sujet» remplace le «patient».⁵⁶ Le «médecin traitant» devient le «chercheur». Si, à titre secondaire, cette intervention apporte un bénéfice quelconque au sujet lui-même,⁵⁷ tant mieux.

Le Conseil d'évaluation des technologies de la santé définit ainsi les termes : est expérimentale une application «dont les avantages pour la santé sont incertains. De telles applications devraient être réservées à des centres spéciaux et ne devraient être effectuées que dans le cadre de protocoles de recherche approuvés».⁵⁸ «Le terme «innovateur» sert à qualifier des interventions qui, bien que réellement efficaces, sont tellement nouvelles que les critères de sélection des sujets et les protocoles de prise en charge ne sont pas encore établis de façon définitive... Elles ne doivent donc être effectuées que dans des hôpitaux universitaires, ...».⁵⁹ Enfin, une intervention est «acceptée» lorsque son «efficacité est bien établie» et que «les critères de sélection des sujets et les protocoles de prise en charge sont bien standardisés et acceptés».⁶⁰ Le Conseil souligne encore, à juste titre, que ces classifications sont arbitraires et temporaires. Ainsi, une même intervention peut changer de statut suivant les

55. S. Philips-Nootens, «Le transfert génique : thérapie ou expérimentation?», conférence prononcée au Congrès de la Société canadienne de Bioéthique, Montréal, le 19 novembre 1993 [non publié]. Par contre, E. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, à la p. 137, semblent mettre sur le même pied l'objectif poursuivi et «les moyens employés pour le rencontrer».

56. D. Cowan, *supra* note 54 à la p. 623.

57. On peut penser à un suivi plus intensif, à l'accès à un médicament nouveau, à un espoir particulier d'amélioration...

58. Conseil d'évaluation des technologies de la santé, *Grefte de moelle osseuse : état de la question*, Rapport soumis au Ministre de la Santé et des services sociaux du Québec, Montréal, 1992 à la p. 7 (ci-après le CETS).

59. *Ibid.* Dans le même sens : Conseil national de la bioéthique en recherche sur les sujets humains, *Rapport du Groupe de travail sur la recherche auprès des enfants*, Ottawa, 1992.

60. CETS, *ibid.*

sujets auxquels elle s'adresse, suivant les modalités d'application et suivant l'évolution des connaissances dans le temps.

Les thérapies nouvelles peuvent être des techniques d'interventions chirurgicales, l'utilisation de nouveaux appareils d'investigation ou de traitement, des greffes d'organes, l'administration de médicaments, etc. Une fois dépassé le stade de l'expérimentation sur les animaux de laboratoire,⁶¹ il faut inévitablement en arriver à l'expérimentation sur l'humain : l'espèce a ses caractéristiques propres et les résultats obtenus chez l'animal ne peuvent être intégralement transposés. La Commission de réforme du droit du Canada rappelait à juste titre «la tragique histoire de la thalidomide, pourtant essayée avec succès et sans inconvénient sur les singes»,⁶² et dont l'usage chez les femmes enceintes a entraîné, dans les années soixante, la naissance d'enfants atteints de malformations majeures.

Certaines interventions ne feront cependant pas, en raison de leur nature même, l'objet d'une véritable étape expérimentale sur des volontaires sains : pensons aux techniques chirurgicales, aux greffes d'organes, à la radiothérapie... Par contre, pour l'obtention des images diagnostiques, par exemple grâce au scanner, ou à l'usage d'opacifiants à basse osmolarité,⁶³ rien n'empêche qu'il en soit ainsi.

Les phases aboutissant à la mise en marché des médicaments constituent l'exemple le plus typique de progression continue. Une fois terminées les études sur l'animal, les premiers essais chez l'humain visent avant tout à évaluer la toxicité aiguë, ou l'innocuité, du produit, ou encore son mode d'action.⁶⁴ Ils se déroulent avec la collaboration de volontaires sains, ou encore de malades dont l'état est stable. Ils peuvent aussi impliquer des patients gravement atteints, pour

61. Cette expérimentation fait elle-même l'objet de nombreuses études, qui ne relèvent pas de notre propos.

62. Commission de réforme du droit du Canada, *supra* note 51 à la p. 1.

63. Produit de contraste utilisé en radiologie et en cardiologie.

64. B. Spilker, *Guide to Clinical Trials*, Raven Press, New York, 1991; pour la description des phases de la recherche pharmacologique, voir notamment *Rapport Deschamps*, *supra* note 42 à la p. 32 et le Code d'éthique des trois Conseils, *supra* note 48 à la p. V-1.

lesquels les ressources traditionnelles ne peuvent plus rien.⁶⁵ Le recours à des volontaires sains peut être inacceptable s'il s'agit de médicaments toxiques, tels que les médicaments pour le traitement du cancer, ou dangereux, tels que certains médicaments cardiaques.

La deuxième phase est essentiellement consacrée à l'étude de la toxicité à court terme du médicament et, secondairement, de son efficacité. Elle se pratique auprès d'une population de patients atteints de la maladie à traiter, à diagnostiquer ou à prévenir.⁶⁶ Les méthodes d'utilisation du médicament, doses, etc. se définissent également à ce stade. L'étude de l'efficacité implique souvent le recours à des groupes contrôles, donc l'utilisation de placebos, d'études à simple aveugle ou à double aveugle.⁶⁷

La troisième phase permet d'étudier au premier chef l'efficacité thérapeutique du médicament auprès de patients atteints de la maladie à traiter. Elle précède la mise en marché. Ces études peuvent aussi s'adresser à des groupes spéciaux de patients.⁶⁸ C'est à partir des résultats obtenus lors de ces essais que seront établis la posologie, l'étiquetage et le conditionnement du médicament. Après cela seulement, le manufacturier pourra faire sa demande auprès du Bureau des aliments et drogues pour la mise en marché de la drogue

65. *Supra* note 48 à la p. V-2. Pour ces patients, il s'agit souvent des phases 1 et 2 combinées, v. les trois Conseils.

66. *Ibid.*

67. Un placebo est «une substance neutre que l'on substitue à un médicament pour contrôler ou susciter les effets psychologiques accompagnant la médication» : Dictionnaire *Le Petit Robert*. Il permet de comparer avec les effets du médicament actif pris par un autre groupe de patients. On parle d'expérimentation en simple aveugle lorsque seul le malade ignore s'il reçoit le médicament actif ou le placebo, et de double aveugle si le malade et le médecin traitant l'ignorent. On parle également de simple insu ou de double insu. Lorsque le choix des sujets et l'intervention ou la prise du médicament est déterminée au hasard par le protocole expérimental, on parle de «randomisation», c'est-à-dire d'échantillonnage aléatoire. La recherche est anonyme lorsqu'on ignore jusqu'à la fin de l'expérience «qui a reçu quel traitement» : Conseil de recherches médicales du Canada, *supra* note 37 à la p. 18. Toutes ces méthodes visent à éviter le plus possible que des facteurs extérieurs étrangers (les «biais», anglicisme utilisé dans les textes scientifiques, ou facteurs de distorsion) au processus viennent fausser les résultats. D'autres combinaisons de ces méthodes, plus complexes, existent également.

68. Voir les références citées *supra* note 64.

nouvelle.⁶⁹ Cette phase peut cependant comporter encore une répartition aléatoire du médicament et le recours au double insu.

La quatrième phase n'est pas, à proprement parler, une phase expérimentale. Elle consiste à recueillir le plus d'informations complémentaires possible sur le médicament après sa mise en marché (innocuité, complications, effets secondaires, forme d'administration, doses, etc.).⁷⁰ Le développement de nouvelles indications pour un médicament oblige à retourner à la phase deux décrite ci-haut, puisqu'il s'agit à présent de l'évaluer pour une maladie autre que celle pour laquelle il a été conçu initialement.

Il faut dès lors se demander à quel moment une intervention auprès du sujet change de statut, quittant le stade expérimental pour accéder à celui de thérapie innovatrice.

Dans la séquence des essais cliniques décrits ci-dessus, il semble clair que les première et seconde phases ne peuvent habituellement constituer des soins innovateurs : en effet, l'administration à des volontaires sains et l'administration à des personnes malades, en simple ou double aveugle, ne peuvent être dictées par l'intérêt immédiat du patient, surtout s'il y a possibilité qu'il reçoive un placebo ou s'il le reçoit effectivement.⁷¹ À cet égard, la Commission de réforme du droit du Canada met en garde, à juste titre, contre l'emploi de l'expression ambiguë de recherche thérapeutique : celle-ci, dit-elle, «peut donner une fausse impression de la réalité et le sujet peut consentir à un acte qu'il croit erronément être pratiqué dans son intérêt immédiat».⁷² Par contre, à partir de la troisième phase, on administre un médicament dont l'efficacité a été démontrée pour traiter la maladie dont l'individu est atteint, mais pour lequel subsistent certaines inconnues. Nous sommes dès lors dans la catégorie des

69. Nous n'entrons pas ici dans les aspects administratifs de la mise en marché.

70. On parle aussi de programmes de «pharmacovigilance».

71. Par contre pour les trois Conseils, *supra* note 48 aux pp. V-1 et V-4, la seconde phase en est déjà une d'essais cliniques thérapeutiques et la troisième phase peut encore comporter l'administration de placebos.

72. *Supra* note 51 à la p. 6.

traitements nouveaux, innovateurs.⁷³ Cette qualification peut rester pertinente après la mise en marché, aussi longtemps que le produit n'est pas diffusé et utilisé assez largement pour entrer dans la pratique médicale courante.

À cette séquence «normale», il faut ajouter les médicaments à risque, dont nous avons donné quelques exemples plus haut. Ceux-ci, en raison de leur caractère même, ne peuvent être testés chez l'humain avant d'être administrés directement chez des personnes dont la maladie est très évoluée, ou pour lesquelles la science n'a rien d'autre à offrir, et lorsque le temps presse : cancers avancés, sida, atteintes cardiaques... Aux premier et second stades, le médecin aura besoin d'une dérogation particulière du ministre de la santé et du Bureau des aliments et drogues pour se procurer légalement le médicament en question et l'administrer à son patient.⁷⁴ Lorsque de dernier est apte, il suffit de rencontrer les exigences du consentement parfaitement éclairé et de la proportionnalité risques-bienfaits prévue à l'article 20 C.c.Q., seule disposition pouvant inclure la thérapie expérimentale chez ces personnes. Dans le cas du patient inapte, l'alinéa 2 de l'article 21 C.c.Q. doit s'appliquer : l'état d'avancement des connaissances sur le médicament ne permet pas d'en faire un soin innovateur; son utilisation dans l'intérêt immédiat du patient lui confère un caractère

73. À condition, évidemment, que le patient n'ait pas reçu un placebo. Pour le CRM, *supra* note 37 à la p. 9, «Dans la mesure où l'innovation vise l'intérêt thérapeutique du patient, le traitement n'est pas assimilé à de la recherche, bien que les résultats puissent présenter un grand intérêt et avoir une utilité considérable». Nous ne pouvons à cet égard partager l'opinion de D. Weisstub et S. Verdun-Jones, *supra* note 54 à la p. 67, lorsqu'ils affirment que les médecins doivent avoir épuisé «tous les traitements orthodoxes avant d'essayer une thérapie innovatrice».

74. Il existe au Ministère une politique des médicaments d'urgence, que le médecin peut alors se procurer directement auprès de la compagnie pharmaceutique. Ou encore, au stade de l'étude clinique contrôlée en phase 3, un patient peut en bénéficier même s'il ne correspond pas aux critères de l'étude pour être inclus dans le groupe. Ces programmes sont dits humanitaires. Voir notamment Conseil national de la bioéthique en recherche sur les sujets humains (1996)7:2 Communiqué aux pp. 8-10. Le protocole doit être approuvé par le comité de pharmacologie et le médecin évalue la tolérance. Il s'agit d'une étude dite «ouverte» sur le plan scientifique : elle ne peut être validée, puisqu'il n'y a pas de groupe contrôle. Lorsque des substances n'ont pas fait leurs preuves sur le plan scientifique et ne sont pas reconnues par le milieu médical, le qualificatif d'expérimental prend alors une toute autre connotation...

thérapeutique. C'est donc bien de thérapie expérimentale qu'il s'agit, et le patient doit, en l'état actuel du droit, être pourvu d'un représentant légal.⁷⁵

Comment qualifier l'essai de nouveaux médicaments en situation d'urgence, chez des patients inaptes en raison d'une crise cardiaque ou d'un état de mal asthmatique, ou encore gravement brûlés, par exemple? Il nous semble évident que de l'expérimentation pure ne peut être pratiquée chez ces personnes : leur vie, ou leur intégrité, est menacée et tout doit être fait pour les sauver. Il n'est pas justifiable, dans une telle situation, d'abandonner un traitement connu, s'il est au moins partiellement bénéfique, au profit d'un traitement plus aléatoire. N'oublions pas que l'alinéa 1 de l'article 21 C.c.Q. pose en prémisses l'absence de risque sérieux pour la santé du sujet-patient. Seul un traitement qualifié d'innovateur, ou même, en désespoir de cause, une thérapie expérimentale, pourrait donc leur être appliqué. D'où l'importance d'une qualification adéquate et d'une compréhension plus poussée du texte de loi par les professionnels de la santé. Ceux-ci, en effet, voient mal comment inclure dans ce type d'essais cliniques les personnes inaptes, pour lesquelles le consentement d'un représentant légal est en principe requis aux termes de l'article 21 alinéa 1 C.c.Q. Or, une crise aiguë frappe le plus souvent une personne jusque là apte et qui n'est donc pas sous régime de protection. Si, comme nous le suggérons, ces essais peuvent, à partir de la troisième phase au moins, être qualifiés de soins innovateurs, ce sont les règles ordinaires du consentement aux soins qui s'appliquent, et un proche peut consentir. Une thérapie expérimentale ne pourrait être envisagée qu'en l'absence de tout traitement bénéfique connu : l'exigence de l'autorisation du tribunal serait alors justifiée,⁷⁶ mais non celle relative à la présence d'un représentant légal.

Prenons un dernier exemple, celui de la thérapie génique somatique,⁷⁷ qui est nécessairement appliquée au cas par cas, selon la maladie du patient, et

75. Voir plus loin, notre critique de cette exigence.

76. Une telle autorisation peut être obtenue très rapidement lorsque la situation l'exige.

77. La thérapie génique somatique vise des cellules de l'organisme autres que les cellules reproductrices. Elle consiste à y insérer «un matériel génétique nouveau chargé de remplir des fonctions que les gènes hérités fautifs sont incapables d'exécuter» : Conseil de recherches médicales du Canada, *Recherche sur la thérapie génique somatique chez les humains*, Lignes directrices, Ottawa, 1990 à la page 10.

le plus souvent, actuellement, chez des enfants. Qualifiée de «soin innovateur», elle procède des règles relatives au traitement médical. S'il s'agit de thérapie expérimentale sur une personne, elle requiert dans chaque cas l'autorisation du tribunal. Pour obtenir cette autorisation, il faut démontrer le bénéfice thérapeutique possible pour le mineur, et, qui plus est, la préséance de ce bénéfice possible, à défaut de quoi elle sera refusée.⁷⁸ En effet, toute décision concernant l'enfant doit, au regard du *Code civil*, être prise dans son intérêt et dans le respect de ses droits.⁷⁹ Donc la thérapie génique tentée sur un enfant, même et surtout en phase terminale, pratiquée dans un but essentiellement scientifique, et même si on recherche un bénéfice pour d'autres enfants, serait illégale dans la mesure où elle ne rencontre pas le critère d'absence de risque sérieux ou, simplement, lui impose un fardeau additionnel. Pourtant, le Conseil de recherches médicales du Canada estime que, même si l'expression «thérapie génique somatique» est couramment utilisée, le vocable «thérapie» est prématuré et qu'il faut entendre par là «les interventions de recherche visant le transfert de gènes».⁸⁰ Il justifie sa position par le fait qu'il s'agit d'un nouveau domaine complexe qui nécessite de la recherche et des équipes scientifiques hautement spécialisées. En conséquence, «les techniques de transfert génique chez les humains devraient être considérées comme de la recherche et [...] toute proposition visant à utiliser ces techniques chez un sujet humain devrait d'abord faire l'objet d'un examen pour en déterminer l'acceptabilité du point de vue éthique comme projet de recherche».⁸¹ Mais le Conseil parle également, un peu plus loin, de l'application de ces lignes directrices à toute demande «fondée sur le principe de l'innovation thérapeutique».⁸² Nous pensons que la distinction plus précise entre la qualification au fond et les procédures à suivre permet de résoudre cette contradiction apparente.

L'on voit que la classification du *Code civil*, quelque critiquable ou obscure qu'elle puisse être à certains égards, s'attache à l'objectif principal

78. J.-L. Baudouin, «La recherche auprès des enfants : le point de vue du juriste», (1993) 26:2 Annales CRMCC 94 à la p. 96. J. Leroux, B.M. Knoppers et J.-C. Gailloux, «Les enfants, les incapables et la génétique» (1991) 36 Revue de droit McGill 457 à la p. 504.
79. Article 33 C.c.Q.
80. *Supra* note 77 à la p. 10.
81. *Id.* à la p. 25.
82. *Ibid.*

poursuivi par l'intervention, à savoir le bénéfice ou l'absence de bénéfice pour le sujet lui-même. Elle nous semble être la seule à même de répondre aux différentes situations cliniques qui se présentent, tout en respectant les objectifs de protection des personnes et d'accessibilité aux soins les plus nouveaux lorsque l'état des patients le justifie.

2. Les conséquences de la qualification de l'acte à la lumière du droit positif

Le législateur renvoie simplement, pour les soins innovateurs, aux règles relatives aux soins ordinaires, tandis qu'il énonce pour toute forme d'expérimentation des règles particulières. Cette dernière se voit également encadrée par les lignes directrices énoncées par les organismes attribuant les subventions de recherche.

a) Les conditions de fond de l'expérimentation

Ces conditions touchent essentiellement à l'évaluation des bienfaits attendus de l'intervention et des risques encourus par la personne, ainsi qu'à l'obtention d'un consentement libre et éclairé.

1° L'évaluation des bienfaits et des risques

Comme nous l'avons dit plus haut, le législateur a inclus dans l'expression «soins» tous les types d'interventions sur la personne. Les articles 10 et 11 C.c.Q. sont à cet égard d'une portée générale indéniable.⁸³ L'exigence de la proportionnalité des risques et des bienfaits se retrouve à l'article 12 C.c.Q. traitant du consentement pour autrui, et à l'article 20 C.c.Q. traitant de l'expérimentation chez le majeur apte. L'article 12 serait-il, lui aussi, de portée générale, servant ainsi de base à l'obligation pour le parent ou le représentant légal de respecter ce critère de proportionnalité lorsqu'il consent à une expérimentation sur la personne de son protégé? Nous pensons au contraire que

83. Dans ses commentaires sous l'article 11 C.c.Q., article qui sert de corollaire au principe de l'inviolabilité énoncé à l'article 10 C.c.Q., le ministre de la Justice, *supra* note 6 à la p. 12, affirme que l'expression «soins» est utilisé dans un sens générique pour couvrir toutes espèces d'actes, requis ou non par l'état de santé.

nous entrons là dans le domaine des soins centrés sur la personne, excluant donc l'expérimentation, et ce, à cause de la formulation même de l'article : «Celui qui consent à des soins pour autrui ou qui les refuse est tenu d'agir *dans le seul intérêt de cette personne*».⁸⁴ De plus, dans ses *Commentaires*, le Ministre souligne que cet article 12 est inspiré de l'article 19.3 C.c.B.C. Or, sous l'égide de cet ancien code, l'expérimentation chez les personnes inaptes n'était pas reconnue par la loi. La portée générale attribuée au nouvel article 12 C.c.Q. ne peut donc inclure l'expérimentation : cette interprétation est la plus conforme à sa formulation même. C'est donc aux articles spécifiques à l'expérimentation, soit les articles 20 et 21, que nous devons nous référer pour établir en ce domaine les exigences relatives à l'évaluation des bienfaits et des risques.

Le bienfait attendu de l'expérimentation peut être de nature physique, mentale, psychologique, sociale, etc. Mais nous sommes dans le domaine de l'expérimentation, et l'intervention ou la recherche bénéficie au premier chef à d'autres personnes, proches ou lointaines, que le sujet de l'expérience, voire à la science elle-même. Il est regrettable que l'article 20 C.c.Q. et les textes sur le sujet aussi bien que les propositions de la Commission de réforme du droit du Canada reprennent simplement le critère de proportionnalité des bienfaits et des risques sans souligner cet aspect essentiel, qui différencie pourtant l'expérimentation des soins thérapeutiques ou non thérapeutiques centrés sur la personne.⁸⁵ Est-ce à dire que l'espoir réel d'un grand bienfait pour l'humanité permettrait de faire courir au sujet des risques très grands? L'ordre public et la déontologie professionnelle, de même que les lignes directrices en la matière s'y opposent évidemment.⁸⁶

Quant à l'article 21 C.c.Q. traitant de l'expérimentation chez les mineurs et les majeurs inaptes, il comporte deux références à un bénéfice ou bienfait. L'alinéa 2 parle de l'expérimentation qui ne vise qu'une personne, ce qui nous semble en soi antinomique dans la mesure où un protocole s'adresse à un groupe plus ou moins grand de sujets puisqu'il s'agit de valider une

84. Les italiques sont de nous.

85. Commission de réforme du droit du Canada, *supra* note 51 à la p. 39.

86. R.P. Kouri, «The Law Governing Human Experimentation in Quebec», (1991) 22 R.D.U.S. 77 à la p. 93. Voir aussi Conseil de recherches médicales du Canada, *supra* note 37 à la p. 13.

hypothèse, et celle-ci doit apporter un bénéfice pour la santé de la personne qui y est soumise : elle a donc une visée au moins partiellement thérapeutique, et la méthode non éprouvée vise à améliorer le sort de ce patient tout en ouvrant peut-être à la science médicale des perspectives nouvelles. Ce type d'expérimentation à un seul sujet, et lui seul, nécessite l'autorisation du tribunal. L'expérimentation non thérapeutique sur une seule personne mineure ou majeure inapte semble exclue. Nous pensons que, dans le cas où le bienfait direct du sujet n'est pas en jeu, les termes de la loi sont suffisamment clairs pour exiger que l'expérience ait lieu dans le cadre d'un projet de recherche approuvé en se conformant aux dispositions de l'alinéa 3 de l'article.⁸⁷

Lorsqu'on se propose de faire de l'expérimentation sur un groupe de personnes, à première vue on permet l'expérimentation thérapeutique ou même non thérapeutique, mais à condition que cette dernière permette de «...s'attendre à un bénéfice pour la santé des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap...».⁸⁸ Dans le cadre de la thérapie expérimentale cependant, ne serait-il pas possible de présumer qu'un bienfait pour l'individu soit susceptible d'apporter aussi un bienfait pour la santé de ceux et celles présentant les mêmes caractéristiques? Malgré tout, la rédaction du Code civil est formelle et le bénéfice pour la santé de personnes dans des situations semblables semble s'ajouter aux critères déjà mentionnés.

Quant aux risques encourus, en l'absence de qualificatif portant sur leur nature, il semble raisonnable d'y inclure tout risque pour la sécurité physique et mentale du sujet. Le *Belmont Report* va plus loin et y ajoute à titre d'exemples,

87. Voir J. Gauthier, A. Patterson, *supra* note 33 à la p. 13. S. Gascon, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993 à la p. 91, n'est pas de cet avis. Selon elle, «... [Si] le mineur ou le majeur inapte comprend la nature et les conséquences de l'acte, il peut s'y opposer et son refus sera respecté. S'il est dépourvu de discernement, l'expérimentation pourra être permise, sans égard à son âge ou à sa déficience mentale, si les autres conditions de l'article 21 du nouveau Code civil sont rencontrées».

88. Cette disposition s'inspire de l'article 1 de la loi française *No 88-1138 Relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*, *supra* note 9, ajoutant l'article 209-6 au *Code de la santé publique*.

«legal harm, social harm and economic harm».⁸⁹ Les risques peuvent être liés à la situation clinique du patient, à l'arrêt de la médication en cours si l'on pense à l'expérimentation des nouveaux médicaments, au nouveau médicament lui-même qui peut avoir des effets secondaires et entraîner des complications, au remplacement par un placebo, aux critères d'inclusion dans un projet,⁹⁰ à la compétence du chercheur, au suivi, à l'arrêt de l'expérimentation en temps utile, ou encore si des faits nouveaux surviennent,⁹¹ à la confidentialité des données, etc.⁹² Ils peuvent également consister dans la perte de l'estime de soi qu'une personne peut éprouver suite à des expériences ayant trait à la psychologie, à l'évidence génétique d'une non paternité, à la découverte d'anomalies génétiques, avec toutes les conséquences familiales et sociales qui peuvent en découler, notamment en matière d'assurances et d'emploi, etc.⁹³

La gravité du risque se rapporte essentiellement au degré de sévérité de l'atteinte si le risque se réalise, par exemple une lésion corporelle d'une certaine importance, ou au contraire le simple inconfort ou inconvénient considéré comme banal. À l'égard de l'appréciation de la gravité, Jean-Louis Baudouin souligne qu'il serait nécessaire de tenir compte également de la nature durable ou passagère des séquelles désagréables.⁹⁴

Mais le risque ne s'évalue pas seulement en fonction de sa gravité : l'autre facteur, c'est-à-dire la probabilité de sa réalisation,⁹⁵ joue également un rôle

-
89. *Supra* note 10 à la p. 38. La Commission de Réforme du Droit nous parle des «simples inconvénients sociaux» (*supra* note 51 à la p. 36), mais nous devons réitérer que le Document de travail vise l'expérimentation biomédicale non thérapeutique (*ibid.* à la p. 6).
90. Pensons à l'affaire *Weiss c. Solomon*, [1989] R.J.Q. 731, 48 C.C.L.T. 280 (C.S.), [ci-après cité aux R.J.Q.] à la p. 744, où l'un des reproches adressés par la Cour est précisément d'avoir inclus dans le protocole un patient qui n'aurait pas dû l'être en raison de son état cardiaque, alors que cette information était aisément disponible.
91. La trithérapie (utilisation de trois médicaments combinés) chez les personnes séropositives s'est révélée tellement plus efficace qu'il eût été contraire à l'éthique de poursuivre la recherche avec les autres combinaisons.
92. Voir dans le même sens, le *Rapport Deschamps*, *supra* note 42 à la p. 126.
93. H. Guay, B.M. Knoppers, I. Panisset, «La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi», (1992) 52 R. du B. 185. R. Gagné, «De Mendel au génodiagnostic» (1995) 10:10 *Le Clinicien* 143 à la p. 154.
94. J.-L. Baudouin, *supra* note 41 à la p. 75.
95. Commission de Réforme du Droit du Canada, *supra* note 51 à la p. 3; J.-L. Baudouin, *ibid.*

crucial mais subordonné à la gravité du risque. La Commission de Réforme du Droit illustre bien les rapports entre ces deux facteurs :

«...[U]ne expérience comportant un risque grave (décès ou lésions permanentes) n'est pas acceptable, même si le niveau de probabilité de la matérialisation est faible... Par opposition, la probabilité élevée de réalisation du risque n'y met pas nécessairement obstacle, si celui-ci ne consiste que dans un simple inconvénient, sans danger véritable.»⁹⁶

Une fois la gravité et la fréquence de réalisation du risque analysées, quel niveau est admissible? Les trois Conseils distinguent les risques d'inconvénients et les risques minimes pour définir un «seuil de risque normalement acceptable», en deçà duquel «les éventuels inconvénients auxquels s'expose le participant ne sont pas plus élevés que ceux auxquels celui-ci s'expose quotidiennement».⁹⁷ Mais comme ils ajoutent à juste titre, ce test «doit être appliqué avec prudence lorsque le quotidien des participants pressentis comporte déjà des risques»,⁹⁸ par exemple pour les populations captives ou vulnérables. De plus, l'appréciation des inconvénients peut varier d'une personne à l'autre. Tout projet se situant au-dessus du seuil doit faire l'objet d'une appréciation beaucoup plus rigoureuse, tant au niveau du consentement éclairé et libre que de la valeur scientifique du projet.⁹⁹

Après qu'un risque soit jugée acceptable compte tenu de sa gravité et sa fréquence, il faudrait que ce risque soit proportionné aux bienfaits espérés, selon les termes de l'article 20 du *Code civil*. Avant même de proposer à quiconque de participer à une expérimentation, le chercheur doit donc en avoir évalué les bienfaits attendus et les risques encourus par le sujet, et ceux-ci ne doivent pas être disproportionnés par rapport aux premiers. À l'article 21 C.c.Q., le législateur va plus loin : il est logique d'énoncer que l'impératif de protection des inaptes justifie des exigences plus grandes que pour la personne apte qui

96. Commission de Réforme du Droit du Canada, *id.* à la p. 37. Un chercheur pourrait décider pour lui-même de prendre un risque grave (Pasteur, par exemple), mais ne pourrait faire courir ce risque à un sujet d'expérience, même si celui-ci y consentait : ce serait contraire à l'ordre public.

97. Code d'éthique des trois Conseils, *supra* note 48 à la p. 17 et Annexe E.

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*

consent à une expérimentation et en assume donc volontairement les risques. Au critère de proportionnalité s'ajoute alors l'exigence d'une absence de risque sérieux. Ceci amène à conclure au cumul de ces conditions concernant le risque : l'absence de risque sérieux impose un plafonnement à l'ampleur du risque auquel l'expérimentateur peut exposer le sujet, nonobstant le degré de bienfait attendu.¹⁰⁰ Ce seuil pourrait correspondre au «seuil de risque normalement acceptable» défini par les trois Conseils,¹⁰¹ qui serait nécessairement minime en matière d'expérimentation purement scientifique où le bienfait visé est celui de la société ou de groupes frappés d'une affection similaire à celle du sujet, mais non celui du sujet lui-même. Dès qu'intervient un intérêt personnel direct, comme l'espérance, même ténue, d'une guérison ou simplement d'une amélioration, comme c'est le cas en matière de thérapie expérimentale, un risque plus grand devient admissible¹⁰². Et les risques tolérés par le droit pour les soins innovateurs seraient encore plus importants, le but de l'acte médical étant dans l'intérêt presque exclusif du patient : le critère de proportionnalité reprend alors sa place.¹⁰³

L'appréciation des risques et les bienfaits nous oblige à reconnaître qu'il s'agit d'un exercice non susceptible d'une pondération précise à cause de la multitude des éléments subjectifs normalement présents lors d'une telle évaluation.¹⁰⁴ À cause de cela, nous voyons difficilement comment une telle appréciation erronée pourrait engager la responsabilité du chercheur ou du soignant en l'absence d'une faute caractérisée de sa part.¹⁰⁵ Cependant, comme c'est le chercheur lui-même qui évalue le risque, il peut, même inconsciemment,

100. R.P. Kouri, *supra* note 86 à la p. 94. Les Commentaires du Ministre, à cet égard sont susceptibles d'induire en erreur. Il dit en effet ceci : «le simple critère de proportionnalité risque-bénéfice est remplacé par un bénéfice pour la santé de la personne concernée» (*supra* note 6 à la p. 22). Or, cette affirmation ne peut viser à l'évidence que l'alinéa 2 de l'article 21 C.c.Q., soit la thérapie expérimentale, et non l'expérimentation en général, un critère différent étant retenu à l'alinéa 3 pour l'expérimentation sur des groupes.

101. *Supra* note 48 à la p.17 et Annexe E.

102. J.-L. Baudouin, *supra* note 41 à la p. 75.

103. Article 12 C.c.Q., auquel renvoie implicitement l'article 21 al. 4 C.c.Q.

104. Commission de réforme du droit du Canada, *supra* note 51 à la p. 35.

105. Voir également J.-L. Baudouin, dans «L'expérimentation sur les humains : un conflit de valeurs», *supra* note 20 à la p. 831.

faire preuve d'optimisme et le sous-évaluer.¹⁰⁶ D'où l'importance pour les comités d'éthique de la recherche de bien jouer leur rôle.¹⁰⁷

Voyons maintenant une seconde condition de fond, à savoir l'existence d'un consentement libre et éclairé.

2° L'obtention du consentement libre et éclairé

Le principe de l'inviolabilité consacré par les articles 10 et 11 C.c.Q., exige le consentement éclairé du patient ou de la personne autorisée à consentir pour lui. La loi est muette cependant quant au contenu de l'obligation d'informer.¹⁰⁸ À cet égard, nous devons nous demander si le contenu varie selon qu'il s'agit de soins innovateurs, de thérapie expérimentale, ou d'expérimentation pure.

Dans le cas des soins innovateurs et de la thérapie expérimentale, nous l'avons dit, l'intervention médicale a une finalité thérapeutique. Il y a donc lieu de s'inspirer des règles concernant le devoir d'informer en matière de soins thérapeutiques, mais amplifiées ou élargies pour tenir compte de l'aspect innovateur des soins à prodiguer : plus l'intervention comporte d'incertitude, plus le devoir d'information est grand, même s'il s'agit d'une intervention pratiquée dans l'intérêt de la personne.¹⁰⁹

Le médecin doit faire état des alternatives thérapeutiques possibles,¹¹⁰ ainsi que des bienfaits de chacune. Il doit faire état des risques importants¹¹¹ ainsi que des risques particuliers ou inhabituels de l'acte proposé, même si ces derniers

106. Commission de réforme du droit du Canada, *supra* note 51 à la p. 38; M. Castelli, M. Cadorette, *supra* note 38 à la p. 191.

107. *Rapport Deschamps*, *supra* note 42 aux pp. 137 et s.

108. M. Castelli, M. Cadorette, *supra* note 38 à la p. 202.

109. Nous ne pouvons partager à cet égard l'opinion des auteurs M. Castelli et M. Cadorette lorsqu'elles déclarent que «des soins innovateurs sont considérés comme des soins ordinaires» (*ibid.* à la p. 194). Le législateur précise seulement que ces soins «ne constituent pas une expérimentation» (article 21 al. 4 C.c.Q.).

110. *Sunne c. Shaw*, [1981] C.S. 609; *Chouinard c. Landry*, [1987] R. J. Q. 1954 à la p. 1969 (C.A.).

111. «[...] les risques possibles dont les conséquences pourraient bien être considérées comme importantes», M. le Juge en chef Laskin dans *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192 à la p. 209.

ne sont que possibles, lorsque leur réalisation peut entraîner des conséquences graves comme la paralysie ou la mort.¹¹² Le médecin doit aussi répondre aux questions précises posées par le patient,¹¹³ même si elles se rapportent aux risques que le médecin n'est pas normalement tenu de divulguer. À ces exigences s'ajoutent les informations spécifiques à des soins se situant en dehors de la pratique courante. Ainsi, on est tenu d'aviser le patient que, par définition, ce genre de soins comporte des risques imprévisibles.¹¹⁴ De plus, s'il s'agit vraiment de thérapie expérimentale,¹¹⁵ le patient/sujet a droit à tous les renseignements que l'on donne aux participants à une recherche, c'est-à-dire que rien ne peut lui être dissimulé.

L'on sait que la distinction entre les soins innovateurs et la thérapie expérimentale, qui, fondamentalement, dépend de la pondération accordée à l'intérêt du patient ou à la recherche du savoir¹¹⁶ détermine si l'intervention répond d'abord aux règles concernant les soins plutôt qu'aux règles régissant la recherche clinique.¹¹⁷ Une différence marquée entre ces deux catégories d'actes a trait au privilège thérapeutique.¹¹⁸ Dans le cas des soins thérapeutiques

-
112. *Currie c. Blundell*, (1992) 10 C.C.L.T. (2d) 285 à la p. 301 (C.S.), M. le juge Crépeau; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880.
113. *Hopp c. Lepp*, *supra* note 111 à la p. 210.
114. D. Cowan, E. Bertsch, «Innovative Therapy : The Responsibility of Hospitals» (1984) 5 J. of Legal Medicine, 219 à la p. 234.
115. M. Castelli et M. Cadorette, *supra* note 38 à la p. 203 trouvent regrettable «... que le législateur n'ait pas exigé clairement que le devoir d'information pour le traitement innovateur soit aussi grand que pour l'expérimentation».
116. S. Verdun-Jones, D. Weisstub, «Consent to Human Experimentation in Québec : The Application of the Civil Law Principle of Personal Inviolability to Protect Special Populations », (1995) 18 Int. J. of Law and Psychiatry 163 à la p. 179.
117. H. Atlan, «Distinctions nécessaires, l'innovation thérapeutique, l'expérimentation sur l'adulte, l'expérimentation sur l'embryon» dans J. Iliopoulos-Strangas, dir., *Expérimentation biomédicale et droits de l'homme*, Paris, P.U.F. 1988, 204 à la p. 207.
118. Selon P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard, S. Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale*, Cowansville, Yvon Blais, 1995 à la p. 129, «Le privilège thérapeutique ... autorise le médecin à dissimuler au malade des informations susceptibles de provoquer une aggravation de son état, une anxiété accrue ou encore un effet néfaste pouvant compromettre le succès de l'intervention ou du traitement».

courants, le Code de déontologie des médecins¹¹⁹ et la jurisprudence¹²⁰ admettent la possibilité de dissimuler certaines informations en vue de protéger le patient. D'aucuns sont hostiles à l'idée même du privilège thérapeutique dès que les soins à administrer ne sont pas réputés normalisés.¹²¹ Cette approche est peut-être trop restrictive, car il est généralement admis qu'une certaine réticence est permise dans des circonstances appropriées. Mais la nature expérimentale du traitement fait disparaître la tolérance de la loi face à un manque de franchise.¹²² Selon la Commission de Réforme du Droit du Canada,

«L'expérimentation biomédicale suit sur ce plan des règles semblables à celles qui régissent le traitement médical, à une importante nuance près, cependant. Dans le second cas, l'urgence ou la nécessité peuvent justifier de passer outre à l'exigence du consentement».¹²³

Si l'on peut admettre l'idée d'invoquer le privilège thérapeutique dans certaines situations concernant les soins innovateurs, il ne saurait en être ainsi

119. *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. 1981, c. M - 9, r. 4, article 2.03.30 : «À moins dans tous les cas qu'il n'y ait juste cause, le médecin ne doit pas dissimuler un pronostic grave ou fatal à un patient qui en requiert la révélation».

120. *Reibl c. Hughes*, *supra* note 112 à la p. 895; *Brunelle c. Sirois*, [1974] C.S. 105, [1975] C.A. 779.

121. Voir par exemple D. Giesen, «Civil Liability of Physicians for New Methods of Treatment and Experimentation : A Comparative Examination», (1995) 3 Med. L. R. 22 à la p. 36 où il affirme, «Since the decision to undergo innovative treatment or therapeutic research must ultimately and always be that of the patient, there is virtually no role in this context for the so-called 'therapeutic privilege', allowing doctors lawfully to withhold information from their patients where to make disclosure of certain risks might be deleterious to the health of the patient or where the latter might be dissuaded from undergoing treatment considered necessary by medical opinion».

122. Paradoxalement, dans la cause américaine de *Karp c. Cooley*, 349 F. Supp 827 (U.S.D.C.; S.D. Texas) (1972) où la famille d'un patient ayant reçu un cœur artificiel avait reproché au médecin la violation de son obligation de renseigner, la Cour semble avoir reconnu au médecin le droit de dissimuler certaines informations qui auraient pu «troubler» (*distress*) le patient (à la p. 834). Réouverture d'enquête refusée 496 F. 2d. 289 (1974); appel à la Cour suprême nié 419 U.S. 845 (1974).

123. Commission de Réforme du Droit du Canada, *supra* note 51 à la p. 27. Au même effet, M. Castelli, M. Cadorette, *supra* note 38 aux pp. 200-201.

en matière de thérapie expérimentale où la recherche du savoir¹²⁴ prend une place plus importante,¹²⁵ la règle de l'autonomie de la personne et son droit d'être pleinement informée l'emportant dès lors sur l'acquisition des connaissances.¹²⁶

En outre, en comparaison avec la recherche clinique, les exigences entourant le consentement sont moins strictes en matière de soins innovateurs. En effet, le consentement par écrit n'est plus exigé,¹²⁷ et l'étendue de l'obligation d'informer n'est pas aussi grande car l'aspect thérapie domine celui de la nouveauté. Ainsi, le devoir de franchise peut comporter certains tempéraments tandis qu'en matière d'expérimentation, la réticence n'est en principe pas admise.¹²⁸

La détermination que les soins sont innovateurs plutôt qu'expérimentaux élimine également la nécessité de l'élaboration d'un protocole de recherche¹²⁹ ainsi que la mise en place de contrôles protocolaires. À plus forte raison, lorsque les soins innovateurs sont destinés aux mineurs ou aux majeurs inaptes, l'autorisation du tribunal n'est pas nécessaire et on peut procéder avec le consentement de ceux autorisés à consentir pour ces personnes en situation thérapeutique «normale»¹³⁰ ou avec le seul consentement de la personne dans le cas du mineur de quatorze ans.¹³¹

124. S. Verdun-Jones, D. Weisstub, «Consent to Human Experimentation in Québec : The Application of the Civil Law Principle of Personal Inviolability to Protect Special Populations», *loc. cit supra* note 116 à la p. 179.

125. H. Atlan, *supra* note 117 à la p. 207.

126. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard, S. Philips-Nootens, *supra* note 118 à la p. 129 : «L'application [du privilège thérapeutique] ne concerne que le domaine des soins thérapeutiques ou curatifs», et les auteurs mentionnent parmi les conditions d'application «le meilleur intérêt du malade, le caractère d'urgence, ... le caractère non expérimental de l'intervention».

127. Article 25 C.c.Q. *a contrario*.

128. Nous faisons évidemment exception des tests aveugles ou double-aveugles en matière de produits pharmaceutiques.

129. M. Ouellette, *supra* note 33 à la p. 35.

130. Articles 14 al. 1, 15 C.c.Q.

131. Article 14 al. 2 C.c.Q. Voir M. Castelli, M. Cadorette, *supra* note 38 aux pp. 194-195.

Par contre, l'inclusion de l'acte à la catégorie des soins innovateurs a pour effet d'accentuer le fardeau pour le thérapeute (plutôt que chercheur) d'apporter un bénéfice pour la personne, l'aléa étant moins grand.

Qu'en est-il du consentement en matière de recherche? Les sensibilités du patient/sujet doivent aussi entrer en ligne de compte. Donc quant aux éléments d'information susceptibles d'entraîner un refus, il s'agit essentiellement d'aspects de l'expérimentation pouvant offenser les convictions religieux, morales ou philosophiques de la personne. Afin de respecter la dignité du patient, le chercheur doit explorer activement avec le patient, l'attitude de ce dernier face aux moyens et à la finalité de la recherche clinique envisagée. Même si, aux yeux de la plupart des gens, une recherche serait moralement acceptable, certains pourraient éprouver une certaine répugnance.¹³²

L'on sait qu'aucune réticence n'est admise quant à la révélation des risques, le caractère purement altruiste de la démarche, le respect de l'autonomie du sujet et le souci de sa sécurité imposant l'obtention d'un consentement absolument libre et absolument éclairé.¹³³ Ce grand principe, cependant, peut se heurter aux impératifs de la recherche elle-même. Il existe des circonstances où seuls l'utilisation des placebos,¹³⁴ la technique des tests en simple ou double aveugle,¹³⁵ ou encore les essais cliniques au hasard¹³⁶ permettent d'acquérir les connaissances requises. En d'autres mots, il s'agit d'expériences où la valeur scientifique des données repose sur l'ignorance du sujet et souvent même, du chercheur. Comment concilier ces impératifs avec la sécurité et la liberté du sujet?

132. J.-L. Baudouin, *supra* note 20 à la p. 823.

133. Voir *Weiss c. Solomon*, *supra* note 90 à la p. 742. Conseil de recherches médicales du Canada, *supra* note 37 à la p. 21; Code d'éthique des trois Conseils, *supra* note 48 aux pp. 13, I-7 et I-8; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *supra* note 118 à la p. 166; M. Castelli, M. Cadorette, *supra* note 38 à la p. 201.

134. Voir *supra* note 67.

135. Pour éviter la dénaturation des constatations ou des résultats par le sujet (simple aveugle) ou par le sujet et le chercheur (double aveugle).

136. Il s'agit de procédés décrits en anglais par l'expression «randomized clinical trials» où le sujet fait partie du groupe de contrôle, qui reçoit les soins classiques ou parfois ne reçoit aucun soin, ou du groupe devant recevoir des soins expérimentaux. Voir A. Capron, «Human Experimentation» (1986) Biolaw, volume I, 217 aux pp. 237 et ss.

Jean-Louis Baudouin avait écrit en 1988 que le problème de la fraude à l'égard du sujet inhérent aux expériences en aveugle et double aveugle n'était pas encore réglé mais il semblait admettre la validité de ce genre d'activité :

«C'est ... avec beaucoup de prudence et de réticence que le droit doit admettre ces hypothèse, puisqu'il est effectivement impossible, alors, de satisfaire aux exigences du consentement».¹³⁷

En dépit de l'inconfort que l'on ressent lorsqu'il y a lieu de dissimuler la vérité, les impératifs scientifiques exigent qu'exceptionnellement, le devoir de franchise envers le patient/sujet soit suspendu. De plus, il importe de déterminer les conditions dans lesquelles une dérogation au principe serait admise, surtout en l'absence d'indications législatives ou jurisprudentielles.

Tout en se disant en accord avec les normes proposées par le Conseil de Recherches Médicales du Canada,¹³⁸ la Commission de réforme du droit du Canada a, dans son document de travail, proposé cinq conditions :

«Il n'existe aucun autre moyen d'atteindre l'objectif de la recherche, la recherche ne comporte pas de risque pour le sujet, aucun élément d'information susceptible d'entraîner un refus n'a été retenu, les recherches sont d'une importance scientifique considérable et enfin, il est possible, une fois les recherches terminées, de faire aux sujets un compte rendu de l'expérience et de leur expliquer pourquoi la tromperie était nécessaire.»¹³⁹

À l'égard de ces exigences, il y a lieu de souligner certains aspects. D'abord, sur l'absence de moyens d'atteindre l'objectif de la recherche autrement que par la tromperie, il doit s'agir de la seule façon d'obtenir des données fiables, et non d'une situation où la révélation de la réalité gênerait ou incommoderait le chercheur.¹⁴⁰ Ensuite, quant à l'importance scientifique de la recherche ainsi

137. J.-L. Baudouin, *supra* note 41 à la p. 74. Notons que cette affirmation pourrait s'appliquer également aux expériences avec placebos et aux essais cliniques au hasard, l'adoption du Code civil depuis la publication de son opinion n'ayant rien changé à cet égard.

138. *Supra* note 51 aux pp. 27-28.

139. *Supra* note 51 à la p. 30.

140. *Rapport Belmont, supra* note 10 à la p. 36.

qu'à l'absence de risques pour le sujet, il ne serait jamais acceptable d'administrer un placebo lorsqu'un traitement efficace existe déjà.¹⁴¹ Qui plus est, lorsqu'un traitement se révèle nettement supérieur à un autre, ou encore est susceptible d'améliorer l'état de ceux qui font partie d'un groupe de contrôle au cours des essais cliniques, le chercheur doit suspendre le projet de recherche et faire bénéficier tous les patients-sujets des avantages de la thérapie la plus efficace.¹⁴²

En somme, il importe de souligner que même si la réticence est admise dans ces conditions, et qu'elle semble être généralement conforme aux principes de la bioéthique, ceux-ci ne demeurent que des indices, et rien de plus, tant que le législateur ou la Cour ne consacrent pas leur application.

Lorsque le sujet qui doit participer à l'expérimentation est un mineur ou un majeur inapte, les informations menant au consentement éclairé s'adresseront à son représentant légal qui, selon le *Code* actuel, est seul habilité à le donner ou à refuser la participation de son protégé au projet de recherche. L'alinéa 1 de l'article 21 C.c.Q. mentionne spécifiquement le mandataire, tuteur ou curateur.¹⁴³ L'enfant mineur étant toujours sujet à l'autorité parentale, sa situation ne pose pas de problème. Par contre, toute recherche pure faite actuellement auprès de majeurs inaptes avec le seul consentement des proches, comme en matière de soins, se pratique en réalité dans l'illégalité. Certains milieux de recherche sont conscients de cette situation, d'autres pas, et des pressions sont actuellement exercées auprès du ministre de la Justice afin que cette disposition soit modifiée.¹⁴⁴ On peut se demander en effet, à juste titre, en quoi l'exigence d'un représentant légal protège mieux la personne que les

141. A. Capron, *supra* note 136 à la p. 238.

142. D. Giesen, *supra* note 121 à la p. 38. D'ailleurs, selon P. De Deyn, R. D'Hooge, «Placebos in Clinical Practice and Research», (1996) 22 *Journal of Medical Ethics* 140 à la p. 142 : «Withholding treatment of proven efficacy clearly violates the therapist's commitment to individual patient welfare».

143. Ajoutons qu'il doit évidemment s'agir d'un mandataire ou d'un tuteur ayant juridiction sur la personne et non pas seulement sur les biens (articles 285, 2131 C.c.Q.). De plus, s'il s'agit d'un mandat, celui-ci doit avoir été homologué (article 2166 C.c.Q.). Pour le curateur, la question ne se pose pas, car il est toujours nommé à la personne et aux biens de l'incapable (article 281 C.c.Q.)

144. Voir d'ailleurs à cet égard l'avant-projet de loi dont nous parlons en conclusion.

proches ne pourraient le faire. N'est-ce pas plutôt au niveau du contrôle de la qualité du projet, du suivi et, surtout, d'une évaluation adéquate et objective du risque que cette protection peut le mieux s'exercer? Rappelons que le critère est ici l'absence «de risque sérieux pour sa santé», critère plus exigeant que la seule proportionnalité des risques et des bienfaits applicable aux personnes aptes.¹⁴⁵

Précisons enfin que le consentement du représentant légal ne permet pas de passer outre à l'opposition du mineur ou du majeur inapte, mais toutefois assez lucide pour comprendre «la nature et les conséquences de l'acte».¹⁴⁶ Si cette mesure souligne le respect de l'autonomie du mineur doué d'un certain

145. Le chercheur, le médecin ou encore le médecin-chercheur peut engager sa responsabilité à n'importe quel stade de la démarche et pour les motifs généralement reconnus en droit de la responsabilité civile. Mentionnons plus précisément ici une mauvaise appréciation des risques et des bienfaits, voire une minimisation volontaire des risques, le défaut d'obtenir un consentement libre et éclairé, une négligence dans les actes posés lors de l'expérience ou des soins innovateurs, un protocole de recherche déficient, ou non respecté, etc. Dans la cause québécoise de *Weiss c. Solomon*, *supra* note 90 à la p. 741, concernant la responsabilité du chercheur et de l'institution où il travaillait dans une affaire d'expérimentation purement scientifique, la Cour avait imposé au médecin responsable du protocole de recherche le devoir de «... s'assurer du respect, de la sécurité et de l'intégrité du participant tout au long de l'expérimentation...». Se servir de méthodes innovatrices ou expérimentales constituerait un manquement aux obligations professionnelles s'il existait déjà une thérapie reconnue qui offrirait une aussi grande probabilité d'efficacité mais à un niveau de risque inférieur : D. Giesen, *supra* note 121 à la p. 29. Dans les cas où l'utilisation de soins innovateurs ou même de la thérapie expérimentale serait appropriée compte tenu des circonstances, le médecin/chercheur qui ne se conformerait pas au critère objectif du médecin raisonnablement prudent et diligent engagerait également sa responsabilité. L'intérêt du patient devant être la préoccupation première du médecin (*Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., 1981, c. M-, r. 4, articles 2.03.17 et 2.03.23), ce dernier serait tenu de s'abstenir de poser des actes non consacrés par la science médicale actuelle. Il est intéressant à cet égard de prendre note de l'arrêt français *Gomez*, rendu par la Cour administrative d'appel de Lyon le 21 décembre 1990 (commenté par R.-M. Medouze, «L'arrêt *Gomez*, ou la naissance d'une responsabilité sans faute dans les hôpitaux publics pour risque d'utilisation de thérapie nouvelle», (1991) 27 Rev. Droit sanit. et soc. 258), où la Cour a affirmé, «Considérant que l'utilisation d'une thérapie nouvelle créée, lorsque ses conséquences ne sont pas encore connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet; que lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier». Le commentateur laisse entendre que, compte tenu des circonstances, la Cour aurait pu retenir la responsabilité pour faute (à la p. 265).

146. Article 21 al. 2 C.c.Q.

discernement et du majeur inapte placé sous régime de protection mais conservant une certaine lucidité, il est néanmoins difficile d'y voir, comme le font les Commentaires du Ministre,¹⁴⁷ une mesure de protection des personnes plus vulnérables, car les personnes qui n'ont même plus, ou n'ont jamais eu, ce discernement sont probablement encore plus vulnérables et rien n'empêche de passer outre à leur opposition.

b) Les procédures relatives à l'expérimentation

Toute recherche structurée suppose qu'un protocole soit soumis au comité d'éthique de la recherche pour approbation. Le *Code civil* impose également l'autorisation du tribunal dans certains cas.

1° La présentation au comité d'éthique de la recherche

À la différence des soins innovateurs, la thérapie expérimentale, sauf, probablement, celle qui ne vise qu'une personne, exige normalement, tout comme la recherche purement scientifique, l'élaboration d'un protocole de recherche. La présentation de ce protocole et son approbation par un comité d'éthique local, puis par l'organisme attribuant les subventions, constituent non seulement une exigence afin d'obtenir des fonds de recherche, mais également un élément fondamental d'une démarche scientifiquement rigoureuse.¹⁴⁸

La sécurité des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales est au cœur de deux arrêts portant sur la participation des sujets et qui méritent d'être signalés. Le premier, décidé en France par le Tribunal de grand instance de Paris,¹⁴⁹ concernait une société pharmaceutique procédant à l'essai d'un médicament développé en vue de soigner le sida. La demande reprochait à la défenderesse d'avoir exclu du groupe de volontaires recevant le médicament, une patiente qui ne répondait pas aux critères fixés par le protocole. Le protocole en question énonçait comme condition d'admissibilité que les patients soient «...résistants aux autres traitements autorisés ou incapables de les supporter».

147. *Supra* note 6 à la p. 22.

148. Conseil de recherches médicales, *supra* note 37 à la p. 49. Code d'éthique des trois Conseils, *supra* note 48 aux pp. II-5 et II-6.

149. T.g.i. Paris 1^{er} ch. 4 octobre 1995, D.S. 1996. J. 28.

Déboutant le demandeur, le tribunal a jugé que le protocole devait être «... d'interprétation stricte dans l'intérêt même des patients, s'agissant d'essais thérapeutiques d'un produit n'ayant pas encore reçu l'autorisation de mise sur le marché;...».¹⁵⁰

La deuxième cause, québécoise cette fois, est celle de *Weiss c. Solomon*,¹⁵¹ où la victime participait à un projet d'expérimentation de gouttes ophtalmiques comportant la nécessité de subir trois angiogrammes à la fluorescéine. Quelques instants après avoir reçu l'injection de ce produit, le sujet décédait d'une fibrillation ventriculaire. M. Weiss souffrait d'une cardiomyopathie hypertrophique importante. Outre la responsabilité du chercheur lui-même, la Cour supérieure a retenu celle de l'hôpital qui, par son comité de déontologie, avait approuvé le protocole de recherche lacunaire car il «... aurait dû être plus sélectif de façon à écarter tout patient ayant des contre-indications à l'angiographie à la fluorescéine».¹⁵²

Ainsi, l'exigence éthique de l'élaboration d'un protocole expérimental¹⁵³ et son approbation dépasse le champ moral et est dorénavant susceptible de faire l'objet de la sanction des tribunaux. L'existence des comités de la recherche est destinée avant tout à protéger les sujets humains participants, et ces comités doivent véritablement jouer leur rôle, sans complaisance indue à l'égard des chercheurs. L'affaire *Weiss*, susmentionnée, est la première au Québec, et à notre connaissance au Canada, à condamner une institution pour le manque de vigilance de son comité. Si le comité lui-même, ou ses membres, n'a pas été condamné personnellement, il s'agit tout de même d'un changement très significatif à cet égard.

2° L'autorisation du tribunal si nécessaire

Aux termes de l'article 21 alinéa 2, seule la thérapie expérimentale visant une personne unique requiert l'autorisation du tribunal. Celle-ci n'est donc jamais exigée pour l'expérimentation sur des groupes de personnes inaptes, et encore

150. *Id.* à la p. 29.

151. *Supra* note 90.

152. *Id.* à la p. 744.

153. *Déclaration d'Helsinki, supra* note 8, Principes de base, article 2.

moins pour des traitements innovateurs, sauf, ici, en cas de refus catégorique du patient inapte.¹⁵⁴

Le tribunal appelé à statuer sur une demande de thérapie expérimentale¹⁵⁵ prendra, selon les circonstances, outre l'avis des experts médicaux, celui du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal et du conseil de tutelle, s'il en est.¹⁵⁶ Il peut aussi prendre l'avis de toute personne manifestant pour l'inapte un intérêt particulier.¹⁵⁷ De plus, il doit prendre l'avis de la personne inapte elle-même, et le refus de celle-ci fait obstacle à l'intervention, selon les termes de l'article 23 C.c.Q. Curieusement, le refus mentionné à cet article n'est accompagné d'aucun qualificatif. Un refus «ordinaire» suffirait donc. Mais l'article ajoute également : «à moins qu'il ne s'agisse de soins requis par son état de santé». Or, nous l'avons vu, la thérapie expérimentale doit apporter «un bénéfice pour la santé de la personne qui y est soumise». Dès lors, si le sujet ne veut pas y être soumis, faut-il qu'il comprenne «la nature et les conséquences de l'acte», selon l'alinéa 1 de l'article 21, ou le simple refus prévu à l'article 23 C.c.Q. est-il suffisant? Compte tenu du contexte particulier des thérapies expérimentales, de la souffrance qui peut les accompagner, de l'incertitude presque totale des résultats, le juge témoignera sans doute de la plus grande prudence avant de passer outre au refus de la personne qui, elle, doit assumer tout le poids de ladite intervention et ce, même si cet article lui permet de le faire pour les soins requis par l'état de santé. Par contre, force est de constater que la personne, mineure ou majeure, trop inapte pour pouvoir exprimer un tel refus, ne jouit pas de la même protection.

Dans l'évaluation que le tribunal doit faire pour une telle demande, l'absence de risque sérieux doit en principe être établie, si l'on se fie à l'article 21 alinéa 1, qui énonce les conditions de base applicables à tous. À cet égard, une interrogation surgit cependant. Si le contexte de la thérapie expérimentale

154. Article 16 C.c.Q.

155. De telles demandes sont introduites par requête et seul un juge peut les entendre : l'article 774 C.P.C. précise bien que le greffier ne peut agir. Voir également, pour les significations requises et l'obligation de procéder ensuite dans un délai de six mois, les articles 776 et 777 C.P.C.

156. Article 23 C.c.Q. Lorsque les parents sont tuteurs légaux et que le patrimoine de l'enfant est de moins de 25 000 \$, il n'y a pas de conseil de tutelle : articles 209 et 223 C.c.Q.

157. *Ibid.*

visé le plus souvent à sauver la vie d'une personne pour laquelle la science n'offre plus d'autre ressource, est-il encore opportun de parler de «l'absence de risque sérieux pour sa santé»? Une telle condition semble plutôt irréaliste dans les circonstances, et c'est la proportionnalité des risques, souffrances, inconvénients encourus par le sujet inapte, et des bienfaits attendus pour lui avant tout qui devrait redevenir ici le critère de décision. Nous soumettons l'idée que l'absence de risque sérieux s'applique seulement à l'expérimentation pure, et non à la thérapie expérimentale, sinon celle-ci, qui est d'ores et déjà exceptionnelle, ne pourrait presque jamais trouver place.

La distinction entre le thérapeutique et l'expérimental est donc fondamentale. Il faut se demander aussi dans quelle mesure elle est peut-être trop simpliste pour rencontrer pleinement l'objectif de protection des personnes vulnérables. Autrement dit, faut-il se résigner à la position binaire thérapie-expérimentation?

CONCLUSION

Pour régir cette zone de transition entre la recherche et les soins courants chez les personnes inaptes, deux préoccupations doivent, nous l'avons dit, prédominer : la protection de ces personnes contre des abus éventuels, mais aussi l'accessibilité pour elles aux soins innovateurs, voire à la thérapie expérimentale.

Rien n'empêche de soumettre, en raison de leur nouveauté même, des thérapies innovatrices aux procédures propres à la recherche préalablement à leur mise en oeuvre. Certaines le sont d'office parce qu'elles ont été qualifiées de recherche, tandis que d'autres y échappent complètement, dans le domaine de la chirurgie particulièrement.

Le législateur québécois fait un pas dans cette direction en posant, à l'article 21 alinéa 4 C.c.Q., le principe de la qualification de l'intervention par le comité d'éthique du centre hospitalier. Toutes les thérapies dites innovatrices doivent-elles franchir cette étape? Une réponse négative s'impose, selon nous. Certaines sont à un stade plus avancé que d'autres, ou encore sont déjà appliquées ailleurs, et ne seront donc pas présentées au comité. La proposition de Cowan de soumettre aux procédures propres à la recherche les thérapies qui s'écartent considérablement de la pratique courante et qui sont associées à des risques

significatifs¹⁵⁸ nous semble la plus appropriée. En effet, pour reprendre la notion de *continuum*, le vocable même de soins innovateurs peut à son tour englober des réalités bien diverses. Les projets de traitements qui doivent être présentés au comité d'éthique devraient rencontrer les mêmes exigences que les projets de recherche, à savoir une justification de l'application de la thérapie innovatrice au patient, un niveau d'information équivalent à celui de la recherche de façon à respecter les exigences du consentement éclairé et libre par les proches, la collecte rigoureuse des données scientifiques qui peuvent permettre d'évaluer les effets positifs et négatifs de cette thérapie, dans la mesure toutefois où cette collecte de données n'ajoute pas un fardeau additionnel au patient inapte : elle doit se faire dans le cadre de mesures médicalement nécessaires.

L'expérimentation qui ne vise qu'une personne, que nous avons qualifiée de thérapie expérimentale, doit être soumise à une démarche similaire, à savoir l'approbation préalable du comité d'éthique de la recherche, les pairs étant les mieux placés pour en faire une évaluation adéquate et éclairer le tribunal, qui doit ensuite approuver l'intervention. Ce contrôle protège en dernier ressort le patient contre les décisions de comités qui pourraient être trop favorables aux médecins-chercheurs.

En soustrayant les soins innovateurs aux obligations propres à l'expérimentation, le législateur les renvoie, tel que déjà dit, aux règles relatives aux soins courants. Une conséquence très pratique est qu'à défaut de mandataire ou de représentant légal, les proches peuvent consentir à ce type de soins.¹⁵⁹ Il n'en va pas de même pour une thérapie expérimentale : l'article 21 C.c.Q. exige un mandataire ou un représentant légal. Or, à partir du moment où il est démontré que le recours à une telle intervention est dans l'intérêt de la personne, que la perspective d'un bienfait possible pour elle justifie les risques encourus,¹⁶⁰

158. D. Cowan, *supra* note 54 à la p. 628. L'auteur y ajoute l'utilisation de ressources substantielles. Voir également Conseil de recherches médicales du Canada, *supra* note 77 à la p. 38; Conseil national de la bioéthique en recherche sur les sujets humains, *supra* note 59.

159. Rappelons que l'obligation de renseigner, qui s'adresse ici aux proches, doit être modulée selon la nouveauté de l'intervention : plus cette dernière est grande, plus importante est aussi la première.

160. Voir ce que nous avons dit plus haut de ce critère par opposition à l'absence de risque sérieux pour l'article 21 al. 2 C.c.Q.

que l'approbation du tribunal est requise, pourquoi exiger la présence d'un représentant légal? Ceci ne peut avoir pour effet que de retarder indûment la mise en oeuvre de mesures de la dernière chance, si tel est le cas, et si la personne n'est pas déjà pourvue d'un tel représentant. Ainsi les majeurs inaptes se trouvent-ils défavorisés par rapport à tous autres, y compris les enfants, toujours nantis, quant à eux, d'un titulaire de l'autorité parentale. Il suffirait, pour les fins de la représentation en justice, que le tribunal nomme un procureur ou un tuteur *ad hoc*, ainsi que le permet le *Code de procédure civile*.¹⁶¹

Cette exigence de la présence d'un représentant légal est d'ailleurs hautement contestable, selon nous, non seulement pour l'ensemble de l'article 21 C.c.Q., mais pour tous les autres domaines dans lesquels le législateur l'a exigée au chapitre de l'intégrité de la personne, qu'il s'agisse des soins non requis par l'état de santé ou encore de l'examen psychiatrique et de la garde en établissement. Dans la recherche en particulier, cette exigence, si elle était appliquée, ce qui est sans doute loin d'être le cas, exclurait bon nombre, pour ne pas dire la plupart, des personnes âgées des protocoles de recherche.¹⁶² De plus, en quoi la présence d'un représentant légal plutôt que des proches garantit-elle à la personne inapte une meilleure protection? Avec la réforme des régimes de protection des majeurs, le législateur s'est sans doute imaginé que presque toutes les personnes âgées en besoin de protection feraient effectivement l'objet de telles mesures. La réalité est sans doute loin de lui donner raison. On pourrait alléguer aussi que les proches sont trop influençables dans des situations souvent déchirantes pour eux. Cet argument néglige le fait que ce sont presque toujours ces mêmes proches qui sont nommés représentants légaux, pour autant qu'ils manifestent un intérêt pour le patient : la sanction judiciaire n'y change donc rien.

161. Articles 394.1 et 394.2 C.P.C. Tout comme il pourrait le faire si quelqu'un contestait la décision du représentant pour le motif qu'elle n'est pas dictée par le meilleur intérêt de l'inapte.

162. Voir dans le même sens le *Rapport Deschamps*, *supra* note 42 à la p. 88, Annexe 6. Le Ministre, qui approuve actuellement les projets de recherche impliquant des groupes de personnes inaptes, s'assure-t-il toujours que celles-ci sont effectivement dotées d'un représentant légal?

Le moins que l'on puisse dire de l'article 21 C.c.Q., c'est qu'il est insatisfaisant à bien des égards. Prétendant traiter du même souffle des situations bien différentes, il sème la confusion par son manque de précision et son défaut de qualification adéquate des interventions visées, sans faire la preuve de l'opportunité de plusieurs de ses exigences au plan de la protection des personnes. Bien plus, en requérant, pour faire obstacle à l'expérimentation chez les mineurs et les majeurs inaptes, une compréhension par eux de la nature et des conséquences de l'acte, il les prive du droit de simple refus ou même du refus catégorique reconnu en d'autres circonstances, y compris aux personnes atteintes de maladie mentale.

Dans un domaine touchant de façon aussi fondamentale à l'intégrité des personnes, les patients et leur famille, les médecins, chercheurs, juristes ont le droit d'attendre du législateur des orientations claires et logiques. Il faut cependant se garder de toute modification précipitée qui, prétendant répondre à des situations ponctuelles, n'aboutirait qu'à créer d'autres ambiguïtés.

C'est pourtant ce que s'apprête à faire le législateur : en décembre 1997 est déposé un avant-projet intitulé *Loi modifiant le Code civil en matière de recherche médicale*.¹⁶³ Les dispositions pertinentes sont ainsi formulées :

«1. L'article 20 du Code civil du Québec (1991, chapitre 64) est modifié par l'ajout, à la fin, de l'alinéa suivant :

«Un mineur ou un majeur inapte ne peut être soumis à une expérimentation qu'en l'absence de risque sérieux pour sa santé et d'opposition de sa part s'il comprend la nature et les conséquences de l'acte; le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du mandataire, tuteur ou curateur est nécessaire.»

21. Toute expérimentation qui vise une personne mineur ou majeure inapte à consentir, ou un groupe de personnes mineures ou majeures inaptes, doit être

163. Deuxième session, 35^e législature, décembre 1997. Deux autres articles apportent des modifications de concordance aux articles 776 et 777 du *Code de procédure civile*.

effectuée dans le cadre d'un projet de recherche approuvé par un comité d'éthique, désigné ou institué par le ministre de la Santé et des Services sociaux, dans les conditions que celui-ci détermine. De plus, elle doit laisser espérer un bénéfice pour la personne concernée ou, s'il s'agit d'un groupe, pour la santé des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap que les personnes soumises à l'expérimentation.

Lorsque le projet de recherche est de nature biomédicale et qu'il suppose d'être mis en oeuvre dans des situations d'urgence, le comité peut, lors de l'approbation du projet, prévoir que si le majeur qui est soumis à l'expérimentation est, en raison de conditions subites et temporaires, inapte à exprimer un consentement, celui-ci peut être donné par la personne habilitée à consentir pour lui aux soins requis par son état de santé.

Ne constituent pas une expérimentation les soins que le comité d'éthique considère comme des soins innovateurs qui sont requis par l'état de santé de la personne qui s'y soumet.

3. L'article 23 de ce Code est modifié par le remplacement, dans le premier membre de phrase du premier alinéa, des mots «relative à des soins, à l'aliénation d'une partie du corps ou à une expérimentation,» par les mots «relative à des soins ou à l'aliénation d'une partie du corps,»

L'on constate qu'aucun élément nouveau ne permet de qualifier plus adéquatement l'intervention impliquant le mineur ou le majeur inapte. L'expérimentation ne visant qu'une personne doit désormais être effectuée dans le cadre d'un projet de recherche approuvé par un comité d'éthique, tout comme l'expérimentation impliquant un groupe de mineurs ou de majeurs inaptes. Ainsi disparaît la nécessité du recours au tribunal actuellement prévue par l'article 21 al. 2 C.c.Q., et avec elle, un niveau de protection supérieur contre les abus possibles en matière de thérapie expérimentale : celle-ci pourra être pratiquée,

sur la seule décision du comité d'éthique, chez une personne trop inapte pour comprendre «la nature et les conséquences de l'acte», et dont l'opposition deviendra donc négligeable.¹⁶⁴ Le regroupement de ces problématiques différentes en un même paragraphe ne contribue certes pas à la clarté du texte.

L'avant-projet aborde également la question de l'expérimentation en situation d'urgence, dont nous avons contesté la qualification, ou, à défaut de primauté thérapeutique, la légitimité.¹⁶⁵ Dans cette situation seulement, le législateur renonce à exiger le consentement d'un représentant légal pour accepter celui de la personne habilitée à consentir aux soins requis par l'état de santé.

Dans l'ensemble donc, le législateur est bien loin, selon nous, de régler les questions les plus fondamentales suscitées par de telles interventions auprès des personnes vulnérables.

Deux impératifs doivent prévaloir : la protection des personnes mineures et majeures inaptes contre tout abus dans l'expérimentation proprement dite ou dans la thérapie expérimentale d'une part, et d'autre part, une réelle accessibilité pour eux à cette dernière de même qu'aux soins les plus innovateurs, dès qu'il en va de leur intérêt immédiat.

164. Le refus de subir une thérapie expérimentale s'apparente à la cessation de traitement. Lorsqu'il est saisi d'une telle demande, le tribunal évalue la qualité de vie et les chances de survie de la personne protégée en regard des souffrances et inconvénients du traitement proposé. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221 (C.A.), les médecins voulaient recourir, en désespoir de cause, à un traitement expérimental : le tribunal a jugé que cela n'était pas dans l'intérêt de l'enfant.

165. Voir plus haut, partie 1, b).

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : FAUTE MÉDICALE : PREUVE PAR PRÉSUMPTIONS DE FAIT ET EXONÉRATION

Auteur(s) : Pierre NICOL

Revue : RDUS, 1996-1997, volume 27, numéro 1-2

Pages : 139-169

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12847>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12847>

Page vide laissée intentionnellement.

FAUTE MÉDICALE : PREUVE PAR PRÉSOMPTIONS DE FAIT ET EXONÉRATION

par Pierre NICOL*

L'auteur analyse l'emploi de la preuve par présomptions de fait lors des procès en responsabilité médicale. Il traite des thèses qui s'opposent eu égard aux moyens d'exonération dont peuvent se prévaloir les professionnels de la santé.

Il distingue les deux scénarios conduisant au rejet de l'action, soit une preuve par présomptions de fait non concluante et l'exonération proprement dite.

Ces distinctions permettent de réconcilier la thèse voulant que les défendeurs doivent prouver la force majeure et celle affirmant plutôt que la preuve d'un comportement prudent et diligent suffise à l'exonération.

The writer analyses the utilization of proof by presumptions of fact in medical malpractice actions. He discusses the divergent theories relating to defenses available to health-care professionals when confronted by proof of this kind.

He distinguishes the two scenarios which lead to the dismissal of a suit : inclusive proof by presumptions of fact and exoneration per se.

These distinctions enable one to reconcile the theory that the defendant can only be exonerated by proof of superior force, with the theory which contends that proof of prudence and diligence suffices.

*. Avocat au sein de la firme Cain, Lamarre, Wells. Les recherches effectuées eu égard à ce texte sont à jour au 1er septembre 1997. L'auteur tient à remercier Me Suzanne Courchesne et Me Charles Taschereau pour leurs recommandations fort pertinentes, ainsi que Mme Jacynthe Gaudreault et Mme Lucie Marcoux pour leur indispensable soutien technique.

SOMMAIRE

1.-	INTRODUCTION	143
1.1	Divergences doctrinales	144
1.2	Divergences jurisprudentielles	147
1.2.1	Décisions exigeant du défendeur la preuve d'une cause étrangère	148
1.2.2	Décisions où une preuve de «prudence et diligence raisonnables» suffit pour exonérer le médecin	149
1.2.3	Décisions où le tribunal applique un critère d'exonération protéiforme caractérisé par un renversement du fardeau de preuve.	150
2.-	LA NOTION DE PRÉSOMPTIONS DE FAIT	153
2.1	Définitions	153
2.2	Textes de loi	154
3.-	ANALYSE DES PRÉSOMPTIONS DE FAIT SELON UNE APPROCHE PRATIQUE	156
3.1	Finalité de la preuve par présomptions de fait	156
3.2	Conséquences du recours à une preuve indirecte	157
3.3	Conséquences du recours aux présomptions de fait sur les moyens d'exonération	159
3.3.1	L'établissement de la preuve	160
3.3.2	L'exonération	162
3.3.3	L'exigence de la preuve d'une cause extrinsèque équivalente à imposer au médecin une obligation de résultat?	163
4.-	DIFFICULTÉS PRATIQUES D'APPLICATION DES PRÉSOMPTIONS DE FAIT	165
4.1	Distinctions entre la causalité scientifique et la causalité juridique	165
4.2	La structure du procès	167

(1996-97) 27 R.D.U.S.	<i>Faute médicale : preuve par présomptions de fait et exonération</i>	141
-----------------------	--	-----

5.-	CONCLUSION	169
------------	-------------------------	------------

1.- INTRODUCTION

La responsabilité médicale présente parfois certaines difficultés au chapitre de la preuve, particulièrement pour le demandeur. Cela s'explique notamment par la complexité et les incertitudes inhérentes à cette sphère d'activités. C'est en ce sens que s'exprimait la Cour d'appel, sous la plume du juge Lajoie :

Le juge ... a souligné les difficultés de preuve ... : "la demande est évidemment à la merci des témoignages des anesthésistes eux-mêmes et du personnel infirmier pour établir les responsabilités qu'elle recherche des défendeurs." ...

Aussi, pour réduire cet obstacle à ce que justice soit rendue, les tribunaux ont-ils, en l'absence de preuve directe d'une faute caractérisée, allégé le fardeau de la victime et facilité la recherche du responsable en permettant le recours à la preuve par présomptions de fait.¹

Compte tenu de ce qui précède, il est fréquent qu'une personne cherchant à être indemnisée à la suite d'un acte médical qu'elle estime fautif ait recours à la preuve indirecte.

Cette étude se propose d'analyser l'emploi de la preuve par présomptions de fait en matière de responsabilité médicale. Plus spécifiquement, elle porte sur les moyens d'exonération qui s'offrent aux médecins et aux autres professionnels de la santé lorsque, en usant de ce moyen de preuve, on tente de leur imputer une faute causale de préjudice.

En introduction, nous dresserons un tableau des nombreuses divergences qui existent à ce sujet, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Deuxièmement, nous nous proposons d'examiner plus à fond cette notion de «preuve par présomptions de fait». Prenant assise sur cette analyse, nous mettrons en relief une distinction entre «l'établissement» de la preuve d'une faute et «l'exonération» rendue nécessaire une fois celle-ci établie. Enfin, sur la base de

1. *Hôpital Général de la Région de l'Amiante Inc. c. Perron*, [1979] C.A. 567 aux pp. 574-575.

cette distinction, nous proposerons certaines explications eu égard à l'origine des divergences de point de vue constatées.

1.1 Divergences doctrinales

Au sujet des moyens d'exonération, les avis sont fort partagés et les auteurs émettent des opinions qui peuvent sembler divergentes, voire diamétralement opposées. À l'égard du sujet qui nous occupe, Paul-André Crépeau s'exprime ainsi :

[L]e médecin ou l'établissement assujetti au régime de présomption de fait n'a pas, à notre avis, comme on semble parfois incliné à le croire, à prouver la cause du préjudice et en montrer le caractère imprévisible ou irrésistible [...] Le praticien-défendeur a donc alors le fardeau d'expliquer ce qu'il a fait et de montrer qu'il a pris tous les moyens raisonnables pour éviter l'accident. Si cette preuve était faite à la satisfaction du Tribunal, l'action est rejetée.²

Pour leur part, les professeurs Bernardot et Kouri opinent :

[L]orsque de certains faits suffisamment probants, un magistrat conclut de toute évidence à la négligence du médecin, ce dernier ne pourra pas s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas été négligent, car ces faits démontrent assurément le contraire [...]. Dès lors, la seule issue possible pour ce professionnel est d'établir que le préjudice subi par la victime, son patient, résulte d'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à sa volonté.³

Le professeur Crépeau critique toutefois l'approche proposée par les auteurs ci-avant. Il écrit :

2. P.-A. Crépeau, «La responsabilité civile du médecin» (1977) 8 R.D.U.S. 25 aux pp. 40-41.
3. A. Bernardot, R.P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Les Éditions de Revue de droit de Université de Sherbrooke, 1980, à la p. 47. Ces auteurs se réclament de la position de la Cour suprême en citant, au soutien de leurs prétentions, trois arrêts : *Parent c. Lapointe*, [1952] 1 R.C.S. 376; *Cardin c. Cité de Montréal*, [1961] R.C.S. 655; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745.

Bernardot et Kouri ... [n'admettent], comme exonératoire, que la preuve de la cause étrangère, imprévisible et externe. C'est là, croyons-nous, dénaturer le régime de présomptions de fait, dont l'office n'est pas d'"établir" la faute du débiteur, mais uniquement de la faire présumer.⁴

Plusieurs coauteurs, sous la direction de Raymond Boucher, rapportent moult décisions où le tribunal s'est contenté d'une preuve de comportement prudent et diligent pour exonérer le médecin. Puis, commentant les décisions sur lesquelles les professeurs Bernardot et Kouri s'appuient, ils écrivent :

*Ce qu'il faut retenir de ces décisions, c'est que la présomption de faute repose sur des faits et qu'il y a des cas où les faits sont tellement accablants qu'il est presque impossible pour le médecin de convaincre le Tribunal qu'il s'est comporté prudemment dans les circonstances et l'oblige à faire la preuve d'une cause étrangère. On ne peut donc conclure de ces décisions que les Tribunaux acceptent **seulement** la preuve d'un fait extrinsèque pour repousser la présomption de faute.⁵*
[nos caractères gras]

Pour sa part, Jean-Louis Baudouin, dans la quatrième édition de son ouvrage portant sur la responsabilité civile, émet l'opinion suivante :

[L]e défendeur n'a, théoriquement, ni à identifier la cause précise du dommage, ni à rapporter la preuve spécifique d'un fait extrinsèque qui ne lui est pas imputable (faute de la victime, d'un tiers, force majeure) ... [I]l doit donc simplement prouver qu'il s'est comporté en personne raisonnablement prudente et diligente, et apporter une preuve générale d'absence de faute dans les moyens utilisés.⁶

-
4. P.-A. Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1989 à la p. 224.
 5. R. Boucher et al., «Les présomptions de fait en responsabilité médicale» (1976) 17 C. de D. 317 à la p. 349.
 6. J.L. Baudouin, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1994 aux pp. 671-672.

Le même auteur ajoute toutefois :

*En pratique cependant [...] même en présence d'une preuve générale d'absence de faute, l'impossibilité d'expliquer rationnellement comment l'accident est survenu peut jouer contre le défendeur.*⁷

Les auteurs Lesage-Jarjoura, Lessard et Philips-Nootens analysent les thèses ci-avant exposées et concluent :

*Nous pensons, pour notre part, que le conflit n'est qu'apparent et résulte du fait que l'on se place à des moments différents dans l'établissement de la preuve : tant que l'on débat de la portée des présomptions, le défendeur conteste avoir commis une faute. Une fois que les présomptions sont considérées comme probantes par le juge, la faute est tenue pour établie et le défendeur doit donc invoquer un autre moyen d'exonération, à savoir l'absence de lien causal entre cette faute et le dommage subi par la victime.*⁸

Le professeur Patrice Deslauriers, traitant de la controverse qui nous occupe, écrit :

Dans l'éventualité où le juge présume de cette faute du médecin comment ce dernier peut-il s'exonérer?

En théorie, le médecin tenu à une simple obligation de moyens, devrait pouvoir s'exonérer en prouvant qu'il a agi comme l'aurait fait un médecin normalement prudent et diligent dans les mêmes circonstances. Certains sont cependant plus sévères et commandent au médecin d'établir la cause exacte de l'accident, à défaut de quoi le médecin est responsable.

À notre avis, cette dernière façon de voir est critiquable. En effet, il convient de ne point perdre de vue que le médecin n'est astreint qu'à une obligation de moyens. Ainsi, s'il peut être satisfaisant moralement

7. *Ibid.*, à la p. 672.

8. P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard, S. Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1995, p. 46, note de bas de page 67.

pour lui de se disculper en démontrant les raisons de l'accident, il n'en demeure pas moins qu'il n'y est pas contraint. Un défendeur, qui démontre avoir agi en conformité avec le critère du médecin raisonnable, devrait donc être exonéré.⁹

Patrice Deslauriers se réclame donc de la thèse soutenue notamment par Paul-André Crépeau.

Ce qui précède démontre à suffisance les nombreuses divergences doctrinales eu égard aux moyens d'exonération devant être retenus et appliqués¹⁰. Il semble que ces divergences se rencontrent également en jurisprudence. Prenons à témoin quelques décisions.

1.2 Divergences jurisprudentielles

Sans procéder à un inventaire exhaustif des décisions invoquées par les tenants des diverses thèses ci-haut exposées, nous rapporterons quelques causes qui illustrent les divers points de vue sur le sujet. Cela démontrera par la même occasion que la jurisprudence ne semble pas péremptoirement fixée à cet égard.

9. P. Deslauriers, Collection de droit, *Responsabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1995 à la p. 142.

10. Ajoutons que Henri Kélada, quant à lui, favorise l'exonération sur la base de la *res ipsa loquitur*, au motif qu'il s'agit d'une solution mitoyenne en exigeant que le demandeur démontre que le dommage n'aurait pas dû «raisonnablement» survenir sans une faute médicale, entraînant ainsi un renversement du fardeau de preuve. À ce sujet : H. Kélada, «La responsabilité médicale et le fardeau de preuve» [1986] R.R.A. 147 à la p. 162. Le recours à la *res ipsa loquitur* a cependant été critiqué au motif qu'elle introduisait en droit civil une règle de *common law* assujettie à des règles d'application particulières et étrangères à notre système de droit. Voir à ce sujet : J.L. Baudouin, *supra* note 6 aux pp. 283-284; P.-A. Crépeau, *supra* note 4 aux pp. 221-222.

1.2.1 Décisions exigeant du défendeur la preuve d'une cause étrangère

La cause la plus souvent invoquée eu égard au sujet qui nous occupe est sans nul doute *Parent c. Lapointe*¹¹. Le passage ci-après constitue un classique. Le lecteur constatera qu'on *semble* exiger du défendeur une preuve assimilable à un cas fortuit ou à une force majeure :

*Quand, dans le cours normal des choses, un élément ne doit pas se produire, mais arrive tout de même, et cause un dommage à autrui, et qu'il est évident qu'il ne serait pas arrivé s'il n'y avait pas eu négligence, alors, c'est à l'auteur de ce fait à démontrer qu'il y a eu une cause étrangère, dont il ne peut être tenu responsable et qui est la source de ce dommage.*¹² [nos caractères gras]

Ce même passage a été repris et appliqué en matière médicale dans l'affaire *Cardin c. Cité de Montréal*¹³. Cette cause fut elle-même invoquée à plusieurs occasions pour sceller l'issue de certains litiges¹⁴.

Une troisième décision est aussi fréquemment citée : *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*¹⁵. À la lecture de celle-ci, on en induit que l'arrêt est rendu sur la base du critère développé dans *Parent c. Lapointe*¹⁶. C'est en effet ce qui se dégage de la juxtaposition des passages ci-après :

Il faut donc uniquement rechercher si la preuve faite était suffisante pour permettre de conclure qu'en toute probabilité, ce qui s'est produit ne serait pas arrivé en l'absence de faute. Je dis «en toute probabilité» car il est clair que lorsque dans le texte ci-dessus cité, le juge Taschereau dit «il est évident», il n'entend pas exiger un degré de

11. *Parent c. Lapointe*, [1952] 1 R.C.S. 376.

12. *Ibid.* à la p. 381. Pour une critique eu égard aux critères d'appréciation de la preuve indirecte appliqués par la Cour suprême du Canada dans cet arrêt, voir : P.-A. Crépeau, *supra* note 4 aux pp. 221-222.

13. *Supra* note 3 à la p. 659.

14. Voir notamment : *Covet c. The Jewish General Hospital*, [1976] C.S. 1390; *Hôtel-Dieu de Montréal c. Couloume*, [1975] 2 R.C.S. 115.

15. *Supra* note 3.

16. *Supra* note 11.

certitude autre que celui qui doit servir à juger les causes civiles, soit une probabilité raisonnable.

[...]

Il est bien vrai que l'anesthésiste a juré être certain d'avoir fait correctement l'injection de l'anesthésique et d'avoir bien vérifié en lisant l'étiquette sur les deux fioles qu'il avait injecté la solution voulue. Cela ne suffisait pas pour obliger le tribunal à conclure à l'absence de faute, surtout lorsque l'accident n'était pas expliqué.¹⁷

De ce qui précède, nous retenons qu'à la suite d'une intervention médicale ayant causé un préjudice au demandeur, certains magistrats sont enclins à exiger du médecin défendeur la preuve d'une cause étrangère. Nous remarquons par contre que ces décisions datent de quelques années. Examinons maintenant quelques cas où la preuve d'une prudence et d'une diligence raisonnables a suffi à exonérer le médecin poursuivi.

1.2.2 Décisions où une preuve de «prudence et diligence raisonnables» suffit pour exonérer le médecin

À l'étude du *corpus* jurisprudentiel, nous constatons que ces décisions sont légion. L'une des premières en ce sens est l'affaire *X c. Mellen*¹⁸. Au sujet du moyen d'exonération, on peut y lire :

Pour faire céder cette présomption, le demandeur avait inter alia, à établir qu'il s'était, en tout point, conformé aux données de la science médicale actuelle et à la technique généralement employée par les chirurgiens.¹⁹

17. *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, *supra* note 3 aux pp. 749-750.

18. *X. c. Mellen*, [1957] B.R. 389.

19. *Ibid.* à la p. 414;

Bon nombre de décisions semblent avoir été rendues sur la base de ce critère²⁰. En fait preuve, l'arrêt prononcé en 1994 par la Cour d'Appel dans *Lefrançois c. Lamontagne*²¹ où le tribunal conclut à l'absence de faute en référant au critère du médecin prudent et diligent. On peut y lire :

*Quelle que soit la nature de l'infection, il m'apparaît que le premier juge n'a pas erré en considérant que la deuxième infection, tout comme la première, avait été traitée conformément aux données de la science médicale et que la conduite professionnelle de l'intimé avait été celle d'un praticien prudent et diligent.*²²

Force est de constater que dans bien des cas, les tribunaux se contentent clairement d'une preuve de prudence et de diligence raisonnables du médecin poursuivi pour exonérer celui-ci. Voyons maintenant quelques décisions où le tribunal retient un critère d'exonération protéiforme, généralement caractérisé par un renversement du fardeau de preuve.

1.2.3 Décisions où le tribunal applique un critère d'exonération protéiforme caractérisé par un renversement du fardeau de preuve.

Il nous semble d'intérêt de référer à l'extrait ci-après de l'arrêt *Hôpital Général de la Région de l'Amiante Inc. c. Perron* :

L'on fait une application mitigée de la maxime res ipsa loquitur; lorsque se produit un événement dommageable qui dans le cours normal des choses ne devrait pas se produire à moins qu'il n'y ait négligence, le tribunal peut conclure à une négligence présumée jusqu'à ce que la partie adverse l'ait convaincu qu'elle n'a pas commis de faute. Une fois prouvé que le fait dommageable ne se serait pas produit dans le cours ordinaire de la vie s'il n'y avait pas eu négligence, il appartiendrait à l'hôpital et au médecin de démontrer

20. Voir notamment : *Vézina c. D.*, [1961] C.S. 245; *Gendron c. Dupré*, [1964] C.S. 617; *Déziel c. Régneault*, [1974] C.S. 624; *Dussault c. Hôpital Maisonneuve Inc.*, [1976] C.S. 791.

21. *Lamontagne c. Lefrançois*, [1994] R.R.A. 26 (C.A.).

22. *Ibid.* à la p. 33.

que ce fait dommageable est survenu sans faute de leur part ou de leurs préposés, ou qu'il ne pouvait être évité par des moyens raisonnables.

Ce régime de preuve n'impose pas à l'hôpital ou au médecin poursuivi d'assumer... les aléas inévitables de l'activité qui leur est propre, ils n'ont pas à démontrer la cause du préjudice ou son caractère imprévisible ou irrésistible, mais seulement qu'ils ont agi avec la science, l'habileté, la diligence et la prudence requises et selon les standards généralement reconnus.²³

Cet extrait a pavé la voie au recours au renversement du fardeau de preuve que les tribunaux ont ultérieurement introduit en jurisprudence. Nous prenons pour exemple la décision rendue dans l'affaire *Hawke c. Hornstein*²⁴. Le magistrat opère un renversement du fardeau de preuve et, pour la disculpation du médecin poursuivi, il amalgame les deux thèses ci-avant décrites. C'est ce qui émane du prochain passage :

En application de cette présomption où, suite aux traitements, les conséquences pour le patient sont anormales, il y a déplacement du fardeau de preuve sur les épaules du professionnel de la santé qui devra, pour renverser cette présomption, établir qu'il a exercé son art sans commettre d'incurie, de façon conforme à la pratique médicale, ou établir que les circonstances proviennent d'une cause étrangère.²⁵

Récemment, le juge Benoît Morin référerait à l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Snell c. Farrell*²⁶, lequel traite notamment du recours à la preuve indirecte en *common law*. Le tribunal fait d'abord siens les critères élaborés par la Cour suprême. Se réclamant de ceux-ci, il conclut que certains médecins poursuivis dans la cause dont il est saisi sont fautifs eu égard au suivi d'une grossesse gémellaire. En raison de ce fait, le juge Morin statue :

23. *Hôpital Général de la Région de l'Amiante Inc. c. Perron*, supra note 1 à la p. 575.

24. *Hawke c. Hornstein*, [1994] R.J.Q. 965 (C.S.).

25. *Ibid.* à la p. 970.

26. *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311.

Dans de telles circonstances, il est raisonnable de présumer un lien de causalité entre la faute et les dommages... Or, une telle présomption entraînera un renversement du fardeau de la preuve quant au lien de causalité. Comme on l'a vu plus haut, les défendeurs n'ont pas réussi à se décharger de ce fardeau. Conséquemment, le tribunal aurait pu considérer comme établi le lien de causalité, sans même devoir se convaincre que l'hypothèse proposée par le demandeur était la plus probable.²⁷

On peut aussi lire dans *Walker c. Roy*²⁸ :

La Cour suprême du Canada a énoncé les règles qui concernent ce moyen de preuve de la façon suivante : quand, dans le cours normal des choses, un événement ne devrait pas se produire et se produit quand même et qu'il est évident (dans le sens de probable) qu'il n'a pu se produire sans qu'une faute n'ait été commise, le fardeau de la preuve est alors transféré sur la partie défenderesse qui doit alors démontrer qu'elle n'a pas commis de faute.²⁹

Il faut donc constater que la jurisprudence n'est pas péremptoirement fixée quant aux moyens d'exonération disponibles à un médecin à qui, usant d'une preuve indirecte, on tente d'imputer une faute causale de préjudice. Ces incertitudes engendrent la confusion et tendent à desservir la justice.

27. *Stéfanik c. Hôtel-Dieu de Lévis*, (3 mars 1997) Québec, 200-05-001492-904, J.E. 97-820 (C.S.) à la p. 46. Pour les motifs invoqués par le professeur Crépeau dans son traité sur l'intensité des obligations juridiques (*supra* note 4, aux pages 221 et 222) nous déplorons que cette décision introduise en droit québécois des notions de preuve indirecte émanant de la *common law*. Dans cette affaire, le tribunal dit également s'appuyer sur la décision *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541, en soulignant qu'elle traite aussi du lien de causalité dans une affaire de responsabilité médicale, mais cette fois-ci dans un contexte de droit civil québécois. Par la suite, il réfère aux deux (2) décisions de la Cour suprême ci-avant sans distinguer les critères d'évaluation de la présomption de causalité selon qu'il s'agit d'une affaire de *common law* ou de droit civil. Nous croyons que ce malheureux amalgame contribue à l'ambiguïté qui règne eu égard aux moyens d'exonération disponibles aux professionnels de la santé.

28. *Walker c. Roy*, (18 juin 1997) Longueuil 505-05-000149-937, J.E. 97-1692 (C.S.).

29. *Ibid.* à la p. 6 (en appel).

De ce rapide survol de la doctrine et de la jurisprudence, nous concluons à l'ambiguïté tant sur la notion de présomption de fait que sur ses conditions d'application et ses effets. Dès lors, il convient d'examiner ces trois aspects.

2.- LA NOTION DE PRÉSUMPTIONS DE FAIT

2.1 Définitions

Le professeur Royer, dans son livre sur la preuve en matière civile, définit la présomption de fait comme étant «... la conséquence que le tribunal tire d'un ou plusieurs faits connus à un fait inconnu».³⁰

De son côté, le professeur Ducharme écrit à ce sujet : «... la présomption de fait est une conséquence que le tribunal dégage de faits établis devant lui».³¹

Voilà comment ces auteurs définissent les *présomptions de fait*. Il s'ensuit qu'une preuve par présomptions de fait est le résultat d'un processus d'induction. Il importe de garder à l'esprit que les présomptions de fait sont un *moyen* de preuve, une façon de prouver indirectement une faute, ou quelconque fait, voire même un lien de causalité.³²

Les auteurs ci-haut, au soutien des définitions qu'ils donnent aux présomptions de fait, réfèrent aux dispositions du *Code civil du Québec*. Voyons ce qu'il en est.

30. J.-C. Royer, *La preuve civile*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1995 à la p. 511.

31. L. Ducharme, *Précis de la preuve*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996 à la p. 182.

32. Nous avons répertorié quelques décisions où on a eu recours aux présomptions de fait pour prouver un lien de causalité entre une faute établie et un préjudice. Voir notamment : *Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424 (C.A.). Pour une étude spécifique de la causalité en matière de responsabilité médicale, le lecteur est invité à prendre connaissance de l'article suivant : J.-P. Ménard, «La causalité dans les causes de responsabilité médicale depuis les affaires Lawson et Farrell», *Les Développements récents en droit de la santé*, Barreau du Québec, 1991 aux pp. 1 et ss.; Le lecteur aura aussi avantage à prendre connaissance de l'arrêt récemment prononcé par la Cour d'appel dans *Kirschenbaum-Green c. Surchin*, J.E. 97-327 (C.A.).

2.2 Textes de loi

Sous l'ancien code, le législateur prévoyait à l'article 1242 C.C. :

Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont abandonnées à la discrétion et au jugement du tribunal.

La disposition équivalente du *Code civil du Québec*, l'article 2849, se lit comme suit :

Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont laissées à l'appréciation du tribunal qui ne doit prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes. [italique ajouté]

En comparant les deux textes, on note dans le second l'ajout à l'effet que le tribunal ne doit prendre en considération que les présomptions qui sont *graves, précises et concordantes*. Ceci fait dire au professeur Royer :

Cette discrétion judiciaire n'est pas absolue. À l'exemple de l'article 1353 du Code Napoléon, l'article 2849 C.C.Q. limite expressément la discrétion du tribunal en obligeant de prendre en considération que des présomptions graves, précises et concordantes. Le législateur a ainsi codifié des critères qui étaient déjà retenus par les tribunaux.³³

Ces trois caractères (graves, précises et concordantes) revêtent une importance capitale dans notre raisonnement.

À ce sujet, l'arrêt *Longpré c. Thériault*³⁴ établit qu'il s'agit de trois conditions cumulatives. À défaut de la présence de l'une quelconque d'entre elles, nous ne pouvons prétendre à une preuve par présomptions de fait.³⁵ Il sied par ailleurs de reconnaître que ces caractéristiques sont interdépendantes. Il semble en effet difficile d'imaginer que des présomptions puissent être concordantes sans être graves et précises. Il importe donc de bien connaître le

33. *Supra* note 30 aux pp. 512-513.

34. *Longpré c. Thériault*, [1979] C.A. 258.

35. *Ibid.* à la p. 262.

sens à donner à chacun de ces caractères. À notre avis, il y a là, à l'heure actuelle, une certaine confusion. Celle-ci explique, en partie du moins, les divergences d'opinion sur les conditions d'application des présomptions de fait et sur les moyens d'exonération d'une preuve qui en résulte. Dans l'arrêt *Longpré c. Thériault*³⁶, le juge Lamer, alors à la Cour d'Appel, fait siens les propos de Larombière et qualifie ainsi chacun de ces caractères :

Les présomptions sont graves, lorsque les rapports du fait connu au fait inconnu sont tels que l'existence d'un fait établit, par une induction puissante, l'existence de l'autre [...].

Les présomptions sont précises, lorsque les inductions qui résultent du fait connu tendent à établir directement et particulièrement le fait inconnu et contesté. S'il était également possible d'en tirer des conséquences différentes et même contradictoires, les présomptions n'auraient aucun caractère de précision et ne feraient naître que le doute et l'incertitude.

*Elles sont enfin concordantes, lorsque, ayant toute une origine commune ou différente, elles tendent, par leur ensemble et leur accord, à faire établir le fait qu'il s'agit de prouver [...]. Si [...] elles se contredisent et se neutralisent, elles ne sont plus concordantes et le doute seul peut entrer dans l'esprit du magistrat.*³⁷ [italique ajouté]

Nous nous permettons d'insister sur le caractère cumulatif de ces trois conditions. Répétons-le, si une seule d'entre elles n'est pas satisfaite, alors nous ne sommes pas en présence d'une présomption de fait.³⁸ C'est là l'assise de

36. *Supra* note 34.

37. *Supra* note 34 à la p. 262. Ce passage a été moult fois avalisé par la Cour d'Appel. Voir notamment *Poulin c. Zurich, Compagnie d'Assurance*, [1995] R.R.A. 280 (C.A.); *Ferme Denijoy Inc. c. Société Coopérative Agricole de St-Tite*, [1994] R.R.A. 240 (C.A.); *American Home Assurance Co. c. Auberge des Pins Inc.*, [1990] R.R.A. 152 (C.A.); *Farmer c. Canadian Home Assurance Co.*, [1987] R.R.A. 53 (C.A.). Notons que l'arrêt ci-avant a été invoqué en droit médical à quelques reprises pour justifier l'intervention de la Cour d'appel. Voir notamment : *Tabah c. Liberman*, [1990] R.J.Q. 1230 (C.A.) à la p. 1239; *Vigneault c. Mathieu*, [1991] R.J.Q. 1607 (C.A.) à la p. 1612.

38. *Croteau c. London Life*, [1979] 516 (C.A.); *The Guildhall Insurance Co. Ltd. c. St-Joseph Jobbing*, [1970] C.A. 1104; *RCA Ltée c. Lumbermen's Mutual Insurance Company*, [1984] R.D.J. 523 (C.A.).

l'approche que nous proposons. Ces conditions déterminent tant l'application des présomptions de fait que les moyens d'exonération. Voyons ce qu'il en est.

3.- ANALYSE DES PRÉSUMPTIONS DE FAIT SELON UNE APPROCHE PRATIQUE

Dans la présente section, nous débiterons par examiner la finalité des présomptions de fait et leurs conséquences sur le fardeau de preuve. Cela nous amènera à distinguer *l'établissement* de la preuve et *l'exonération* rendue nécessaire à la suite de celle-ci. Cette distinction nous permettra, croyons-nous, de dissiper l'ambiguïté qui règne sur les moyens d'exonération.

3.1 Finalité de la preuve par présomptions de fait

Il est loisible de recourir aux présomptions de fait pour démontrer autant la survenance d'une faute que le lien de causalité entre celle-ci et les dommages. Jean-Pierre Ménard définit ainsi la causalité :

Il s'agit de la relation entre la faute et le préjudice, cette relation devant être telle que le dommage est la conséquence directe d'un acte fautif.³⁹

Il faut se garder de croire que les présomptions de fait permettent uniquement de démontrer une faute. Lorsque ce dernier élément est prouvé, la causalité du dommage peut elle aussi être établie à l'aide du moyen de preuve qui nous occupe. C'est en ce sens que s'exprime Me Ménard lorsqu'il écrit :

La preuve d'une contravention à une règle statutaire qui vise à prévenir un danger particulier permet au demandeur d'établir par présomption la causalité entre cette contravention et le dommage, si ce dernier survient dans la suite immédiate de la contravention.⁴⁰

39. J.-P. Médard, *supra* note 32 à la p. 3.

40. J.-P. Ménard, *supra* note 32 à la p. 30. Voir aussi : *Morin c. Blais* [1977] 1 R.C.S. 570 à la p. 580.

Nous verrons sous peu que la causalité présente une importance prédominante eu égard à l'exonération. Cela nous amènera à distinguer la causalité juridique et la causalité scientifique. Mais, d'abord, examinons les conséquences du recours à la preuve indirecte.

3.2 Conséquences du recours à une preuve indirecte

Lorsque le demandeur invoque des présomptions de fait pour démontrer sa thèse, le juge saisi du litige n'a d'autre choix que d'apprécier les éléments qui lui sont soumis pour déterminer si ceux-ci la soutiennent adéquatement.

Dans cette appréciation, l'article 2849 C.C.Q., bien qu'il octroie au magistrat une certaine discrétion, lui commande de ne retenir que les présomptions qu'il estime être graves, précises et concordantes.

Ce sont ces critères qui permettront au juge de procéder à l'élagage des éléments qu'on lui soumet⁴¹. Dans cet exercice, il lui est loisible d'adopter deux approches. La première consiste à prendre un à un les éléments de preuve proposés par le demandeur pour les soumettre à un tri. Le tribunal en retient certains et rejette les autres lorsqu'il estime que ces éléments ne satisfont pas à chacune des trois conditions exigées par l'article 2849 C.C.Q. La seconde approche consiste à scruter la preuve présentée en faisant porter son regard sur un spectre plus large. Ainsi, le juge soumettra *l'ensemble* de la preuve (plutôt que les éléments particularisés qui la composent) aux exigences cumulatives posées par la disposition ci-avant.

Peu importe que le magistrat adopte, plus ou moins consciemment, la première, la seconde ou un amalgame des deux approches ci-haut décrites, ce

41. On notera qu'en matière médicale, puisque le préjudice prend généralement la forme d'une maladie, d'un déficit anatomo-physiologique ou d'un décès, on aura généralement recours à la preuve scientifique pour en expliquer la survenance. Ce faisant, on usera souvent des probabilités. Il est à noter que le juge n'est pas lié par cette preuve. Comme l'écrit Me Ménard : «*Il doit décider en tenant compte de toute la preuve, soit la preuve factuelle, la preuve statistique et les faits dont il peut présumer l'existence.*» Voir à cet effet : J.-P. Ménard, *supra* note 32 à la p. 27.

n'est qu'à la fin de ce processus d'induction qu'il déterminera de quel côté incline la balance des probabilités.

Par ailleurs, nous sommes d'opinion que ce n'est que dans l'éventualité où les éléments qu'on lui soumet s'avère de semblable valeur et laissent le juge dans le doute que celui-ci devra recourir à la notion de fardeau de preuve pour trancher le litige. Comme l'écrit le juge Baudouin :

*À égalité cependant, comme le demandeur assume le fardeau original et final de la preuve, c'est sur lui que retombe le risque de ne pas avoir réussi à convaincre le tribunal.*⁴²

Plusieurs décisions démontrent la justesse de notre prise de position⁴³. Ainsi, peut-on lire dans *Gouin-Perreault c. Villeneuve*⁴⁴ :

*If at the end of the trial the evidence for and against fault is evenly balanced the party having the burden of proof loses.*⁴⁵

On peut aussi lire dans *Chabot c. Roy* :

Même en retenant la prétention des demandeurs que le simple fait de cette fracture créerait une présomption découlant de la maxime «res ipsa loquitur», il faudrait en conclure que le défendeur a réussi à démontrer que la survenance de cette fracture de la table interne du crâne ... est autant compatible avec l'absence de faute qu'avec l'existence d'une faute.

42. Supra, note 6, à la p. 672. Me Ménard (voir *supra* note 32 à la p. 24) souligne avec justesse qu'un juge peut toujours retenir une causalité probable avec un préjudice moindre, la faute du médecin étant considérée alors comme la cause de l'aggravation de l'état ou d'une maladie qui, de toute façon, était incurable.

43. Notamment : *Sirois c. Brunelle*, [1975] C.A. 779; *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, [1989] R.R.A. 762 (C.S.).

44. *Gouin-Perreault c. Villeneuve*, [1986] R.R.A. 4 (C.A.).

45. *Ibid.* à la p. 10. Notez que dans cet arrêt, le juge est d'avis qu'au cours du procès, le fardeau de preuve se déplace selon les éléments présentés par les parties, un peu comme le fait une balle de tennis sur un court. Nous soumettons que ces propos sont compatibles avec notre analyse. Ils illustrent de façon séquentielle le raisonnement du juge au fur et à mesure de son appréciation des divers éléments composant l'ensemble de la preuve.

À ce sujet, il y a lieu de référer à la décision de la Cour d'Appel dans Hôpital Général de la Région de l'Amiante Inc. c. Perron, et particulièrement aux notes de l'honorable juge Lajoie :

Il suffira au défendeur pour s'exonérer d'établir, sur la balance des probabilités, que la survenance du fait dommageable est autant compatible avec l'absence de faute qu'avec l'existence d'une faute.⁴⁶

Somme toute, le recours à la preuve indirecte implique une discrétion limitée du magistrat face aux éléments de preuve qui lui sont soumis. Voyons maintenant quelles sont les répercussions du recours aux présomptions de fait sur les moyens d'exonération.

3.3 Conséquences du recours aux présomptions de fait sur les moyens d'exonération

Lorsque le demandeur a recours aux présomptions de fait, les chances d'exonération du défendeur sont directement tributaires de la qualité des éléments de preuve soumis en demande. En ce sens, plus les éléments exposés par le demandeur sont d'une «qualité indiscutable», plus il faudra que le défendeur présente des arguments probants pour convaincre le juge que la preuve *n'est pas établie*.

Ceci nous amène à faire une distinction qui nous apparaît capitale. Tel que nous l'indiquions en début d'analyse, il faut bien maîtriser la notion de présomptions de fait en tant que moyen de preuve et, partant, distinguer :

46. *Chabot c. Roy* [1996] R.R.A. 113 à la p. 116 (C.S.) (en appel). En lisant ce dernier passage, il faut éviter de confondre les moyens d'exonération et la balance des probabilités. Dans le premier cas, nous traitons de la nature de la preuve alors que dans le second il s'agit de son degré. Ainsi, eu égard aux moyens de preuve on opposera la nécessité de prouver une cause spécifique à la simple preuve d'une conduite prudente et diligente. Quant au degré de preuve, la balance des probabilités se distingue en la comparant notamment à la preuve hors de tout doute raisonnable. Bref, il faut distinguer le *fardeau* de preuve et le *degré* de preuve.

- l'établissement de la preuve;
- et
- l'exonération proprement dite.

Ces deux étapes présentent autant d'opportunités permettant au défendeur d'intervenir pour faire en sorte que soit rejetée la demande. Dans le premier cas, il attaquera les caractères graves, précis et concordants pour nier l'existence de la preuve de sa responsabilité. Dans le second cas, puisque le juge tient la preuve pour établie, le défendeur devra *s'exonérer* au sens strict. Dans les deux cas, si le professionnel de la santé réussit son entreprise, le résultat sera le même : sa responsabilité ne sera pas retenue.

Examinons plus en détails les deux (2) étapes ci-haut identifiées. Leur comparaison permettra de démontrer qu'une fois établie la preuve incombant au demandeur, exiger du médecin la preuve d'un fait extrinsèque n'équivaut pas, comme le prétendent plusieurs auteurs, à lui imposer une obligation de résultat.

3.3.1 L'établissement de la preuve

C'est lors de *l'établissement de la preuve* que les présomptions de fait nécessitent d'être rigoureusement analysées. Les éléments retenus doivent, faut-il encore insister, être graves et précis et concordants.

Nous sommes d'avis que c'est à cette étape qu'une preuve de comportement prudent et diligent du médecin revêt son utilité. Elle aura pour effet d'attaquer l'un ou plusieurs des caractères requis par les présomptions de fait. Ainsi, si les éléments présentés par le demandeur sont de faible valeur, ou que leur gravité, leur précision ou leur concordance laisse(nt) à désirer, la démonstration que le défendeur a agi en professionnel prudent et diligent, est susceptible, à elle seule, d'amener le magistrat à conclure que la preuve qui incombait au demandeur n'a pas été établie. Comme l'écrit le professeur Royer

Une présomption de fait ne peut être déduite d'une pure hypothèse, de la spéculation, de vagues soupçons ou de simples conjectures. Le fait inconnu qu'un plaideur veut établir ne sera pas prouvé, si les faits connus rendent plus ou moins vraisemblable un autre fait

incompatible avec celui que l'on veut prouver ou s'ils ne permettent pas d'exclure raisonnablement une autre cause d'un dommage subi.⁴⁷

Ceci nous amène à constater que, bien que les effets sur la responsabilité soient substantiellement les mêmes, il y a une différence entre éviter qu'une preuve soit établie et s'exonérer d'une preuve de faute considérée acquise par un tribunal.

Dans l'éventualité où les éléments de preuve présentés par le demandeur, plutôt que d'être d'une qualité discutable, tendent fortement à démontrer une faute causale de préjudice, alors le défendeur se devra d'attaquer avec plus de vigueur l'un quelconque ou plusieurs des caractères de gravité, précision ou concordance.

Pour ce faire, il est fréquent en responsabilité médicale de voir les défendeurs invoquer la thèse se résumant ainsi : le préjudice qu'on leur reproche résulte d'un phénomène, qui, bien qu'assez rare, demeure naturel et ne saurait, par conséquent, leur être imputé⁴⁸. Dès lors, lorsque le médecin démontre qu'il a été prudent et diligent, une telle thèse, si elle relève de la probabilité, attaquera les caractères exigés par les présomptions de fait, combattant du même coup *l'établissement* de la preuve. On vise toujours ici à empêcher les présomptions de jouer. Il ne s'agit pas, rappelons-le, de s'exonérer une fois établie la preuve de la faute.

Une autre chose reste à noter. Il peut arriver que le défendeur oppose aux présomptions présentées par le demandeur une explication déterminante, établissant la survenance fortement probable d'un fait qui, non seulement empêche les présomptions de recevoir application mais, au surplus, est de nature à pouvoir l'exonérer parce que assimilable à une force majeure⁴⁹. Bien que cette

47. *Supra* note 30 aux pp. 513-514. Pour une application jurisprudentielle de cette affirmation, voir : *Cagiotti-Girolamini c. Antoniou* [1997] R.R.A. 343 (C.S.).

48. Voir *Larouche c. Boutet*, [1993] R.R.A. 24 (C.Q.); *Saucier c. Wise*, [1990] R.R.A. 283 (C.S.); *Houde c. Roberge*, [1987] R.R.A. 409 (C.S.); *Chabot c. Roy*, *supra*, note 46. On notera que le phénomène alors invoqué n'a pas nécessairement à être expliqué par la science. À cet égard, voir au sous-titre 4.1 les relations et distinctions qui existent entre la causalité scientifique et la causalité juridique.

49. Voir notamment *Poirier c. Soucy*, [1992] R.R.A. 3 (C.A.).

explication puisse servir à exonérer, cela ne sera pas nécessaire. En effet, du point de vue théorique, cette explication produit ses effets disculpatoires avant même qu'il n'y ait nécessité d'exonération. Elle fait en sorte que la preuve n'est pas établie, les caractères de gravité, précision et concordance n'étant pas satisfaits. Ceci nous conduit à notre prochain sujet : l'exonération.

3.3.2 L'exonération

Une fois que le juge, ayant apprécié l'ensemble des éléments de preuve soumis, conclut à une faute causale de préjudice, nous quittons dès lors le débat entourant l'existence ou la non-existence de la preuve. La preuve est établie; elle est indubitable. Pour ne pas que sa responsabilité soit retenue, le défendeur n'a alors d'autre choix que de s'exonérer. Parvenu à cette étape, nous faisons nôtres les propos des professeurs Bernardot et Kouri :

Ou bien les présomptions de fait jouent, ou bien elles ne jouent pas. Si elles jouent, c'est non seulement que le préjudice corporel d'un patient résulte de l'intervention médicale d'un professionnel de la santé, mais encore qu'il ne peut résulter que de sa négligence selon toutes probabilités raisonnables. En d'autres termes, lorsque les conditions d'application des articles 1238 et 1242 du Code Civil⁵⁰ sont remplies, le tribunal ne peut que conclure à la faute du médecin.⁵¹

On ne saurait être plus fidèle aux principes de la responsabilité civile. En vertu de ces règles, l'auteur d'une faute ayant causé un préjudice doit dédommager la victime de cet acte ou de cette omission fautif(ve). Cela vaut, peu importe l'intensité de l'obligation, qu'elle en soit une de moyen ou de résultat⁵². Un fait demeure indéniable : une fois que les présomptions jouent, c'est que la preuve nécessaire à la reconnaissance de la responsabilité est résolument établie.

50. Les dispositions équivalentes dans le C.c.Q. sont les articles 2846 et 2849.

51. *Supra* note 3 à la p. 44.

52. Dans le cas d'une obligation de moyen, le demandeur doit prouver la négligence ou le manque de diligence. En matière d'obligation de résultat, il peut souvent se limiter à prouver l'absence dudit résultat. Bien entendu, dans les deux circonstances, il faudra aussi prouver la causalité. Au sujet de la preuve qui incombe au demandeur en fonction de l'intensité de l'obligation du défendeur, voir : P.-A. Crépeau, *supra* note 4 aux pp. 16 et ss.

Ceci nous amène à traiter de l'argument voulant qu'exiger la preuve d'une cause extrinsèque équivaut à imposer à un médecin une obligation de résultat.

3.3.3 L'exigence de la preuve d'une cause extrinsèque équivaut-elle à imposer au médecin une obligation de résultat?

Nous ne pouvons nous convaincre de la rectitude de l'argument qui veut que, en dépit du fait qu'une faute soit prouvée par le jeu des présomptions, on ne saurait exiger davantage du médecin défendeur qu'une preuve de prudence et diligence au motif que cela équivaudrait à lui imposer une obligation de résultat. Il y a là un lien que, nous semble-t-il, la simple logique interdit.

Une preuve de prudence et de diligence raisonnable, comme nous l'avons vu, peut être particulièrement pertinente à l'étape de *l'établissement* de la preuve, mais ne constitue pas un motif d'exonération lorsqu'il est admis que les présomptions ont joué.

Pour démontrer la justesse de cette prétention, il peut être utile de rappeler en quoi consiste l'obligation de moyens. À cet égard, on peut lire sous la plume de Me Pierre Deschamps :

La différence ne réside ... pas dans le fait que le débiteur d'une obligation de moyen soit tenu d'apporter moins de soin à ce qu'il fait que le débiteur d'une obligation de résultat. Dans les deux cas, le débiteur est tenu de faire preuve de la même prudence et de la même diligence. L'obligation dite «de moyen» est donc, en terme de prudence et de diligence toute aussi astreignante que l'obligation dite «de résultat». En définitive, ce qui distingue l'obligation de moyen de l'obligation de résultat, c'est que, dans un cas, le débiteur sera tenu pour fautif du simple fait de ne pas avoir obtenu le résultat.

Ainsi, pour déterminer si le débiteur d'une obligation de résultat a rempli son obligation, il suffira de considérer si le résultat promis ou imposé fut obtenu sans qu'il soit, par ailleurs, nécessaire ou pertinent ..., de s'interroger sur la valeur des moyens mis en oeuvre pour obtenir le résultat visé ...

En revanche, pour établir si le débiteur d'une obligation de diligence a satisfait à son obligation, il sera nécessaire d'examiner la nature des moyens qu'il a pris pour s'acquitter de son obligation et de se demander ... si ces moyens étaient conformes aux règles de l'art et, ... si le débiteur a agi de manière attentive, compétente et consciencieuse, à l'instar d'une personne raisonnable.

En matière de responsabilité médicale, le droit, en établissant que le médecin n'est tenu en principe qu'à une obligation de moyen, signifie essentiellement par là que le médecin n'est pas tenu de guérir la personne qu'il traite ... [L]e médecin ne pourra être tenu pour fautif du simple fait qu'il n'a pas obtenu le résultat recherché.⁵³

Ce qui précède dispose, à notre avis, de l'argument selon lequel, exiger la preuve d'une cause extrinsèque équivaut à imposer au médecin une obligation de résultat. Il faut se garder de confondre l'intensité d'une obligation et la preuve nécessaire pour démontrer qu'il y a eu manquement à celle-ci. Bref, une fois prise pour acquis la preuve d'une faute causale de préjudice, il nous semble indiscutable que pour s'en disculper, il faille démontrer l'existence d'un fait assimilable à un cas fortuit, une force majeure ou au fait d'un tiers. Tel que nous croyons l'avoir démontré, cela n'a pas pour effet de modifier l'intensité de l'obligation qui incombe aux professionnels de la santé.

Examinons maintenant quelques éléments pouvant expliquer la confusion qui règne autour de l'application des présomptions de fait en matière médicale.

53. P. Deschamps, «L'obligation de moyen en responsabilité médicale, Assurance», numéro 4, janvier 1991, 575 aux pp. 580-581.

4.- DIFFICULTÉS PRATIQUES D'APPLICATION DES PRÉSUMPTIONS DE FAIT

Nous soumettons que la confusion entourant l'application des présomptions de fait en matière médicale et les moyens d'exonération disponibles aux professionnels de la santé peut être principalement attribuée à deux facteurs. Il y a d'abord les distinctions qui existent entre la causalité scientifique et la causalité juridique. Nous croyons par ailleurs que la structure du procès contribue, elle aussi, aux ambiguïtés qui nous occupent.

4.1 Distinctions entre la causalité scientifique et la causalité juridique

De par leur nature, les actions en responsabilité médicale nécessitent le recours à l'expertise scientifique. Les experts doivent notamment éclairer le tribunal sur la conformité des agissements du médecin poursuivi avec les acquis de la science. Ils pourront aussi opiner sur la causalité entre le traitement et les préjudices subis.

Alors que l'appréciation de la faute revêt un niveau de difficulté modéré, l'analyse de la causalité présente d'importants obstacles sur lesquels les raisonnements scientifique et juridique risquent de se buter. Ces difficultés sont en partie attribuables à ce que le droit et la science médicale ne raisonnent pas en fonction des mêmes grilles d'analyse.

Sans procéder à un examen exhaustif de la question,⁵⁴ nous croyons qu'il sied de faire remarquer au lecteur les divergences entre l'approche scientifique et l'approche juridique. À cette fin, le passage suivant nous semble exposer adéquatement la question :

54. Le lecteur intéressé à approfondir cet aspect est invité à consulter les écrits suivants : D. Jutras, «Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec» (1990) 31 C. de D. 821; D. Jutras, «Expertises scientifiques et causalité», Congrès du Barreau, 1992, 897; K. Lippel, «L'incertitude des probabilités en droit et en médecine» (1992) 22 R.D.U.S. 445; J.-P. Ménard, «La causalité dans les causes de responsabilité médicale depuis les affaires Lawson et Farrell», Développements récents en droit de la santé, Barreau du Québec, 1991 aux pp. 1 et ss.

[L]a structure même des présomptions de fait s'accorde mal avec la genèse de certains accidents iatrogéniques. L'utilisation d'une présomption de fait suppose en effet la survenance d'un événement qu'on qualifie d'anormal. Or, plusieurs thérapies comportent des risques inhérents, c'est-à-dire des conséquences néfastes qui sont toujours possibles, donc normales. Si la probabilité qu'une telle conséquence tragique survienne est élevée, on ne peut pas parler d'événement anormal quand le malheur arrive. Mais l'appréciation des risques que comporte une thérapie fait-elle toujours abstraction des effets de la négligence et de l'erreur médicale? Si au contraire le risque est très faible, présumer de la faute du médecin lorsqu'il se réalise, n'est-ce pas nier que la thérapie comporte en elle-même certains risques inhérents étrangers à la négligence?

L'ambiguïté provient du fait que le droit et la médecine ne raisonnent pas à partir du même critère de normalité. La médecine définit la normalité à partir du grand nombre. Le préjudice causé par inattention fait souvent partie des statistiques, et est normalisé. Ce qui est normal (parce que prévisible) en médecine ne l'est pas nécessairement en droit.

À l'inverse, le droit impute parfois à la faute ce qui ne peut être expliqué autrement, puisqu'il faut bien choisir une cause. La médecine, elle, a appris à vivre avec le doute et l'incertitude. C'est cette différence épistémologique qui complique l'utilisation des présomptions de fait en matière de responsabilité médicale.⁵⁵

Notons aussi ces propos :

Les scientifiques recherchent généralement des certitudes avant de se prononcer sur la causalité. La science ne connaît pas la notion de prépondérance des probabilités et ne décide ni ne propose rien en fonction de ce critère. Elle se réfère plutôt aux statistiques de probabilité, en accordant à celle-ci un caractère de certitude. Ainsi, l'expert dira que tout ce dont on est certain, c'est que telle complication se produit dans 60 % des cas, sans se prononcer sur la

55. D. Jutras, «Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec» (1990) 31 C. de D. 821 à la p. 835.

question de savoir s'il est probable qu'elle se soit produite dans l'affaire sous étude. Il se limitera simplement à une inférence de ce fait.

Suivre cette logique ramène tout le débat à une affaire de statistiques. Or, le juge Gonthier, dans l'affaire Lawson, apporte un bémol important à cette approche :

Une preuve statistique peut être utile à titre indicatif, mais elle n'est pas déterminante. Plus précisément, lorsqu'une preuve statistique n'établit pas la causalité selon la prépondérance des probabilités, la causalité en droit peut quand même exister lorsque l'ensemble de la preuve étaye une telle condition.

Ramener tout le débat sur la causalité à une simple question de probabilité statistique peut conduire le tribunal à une appréciation trop rigide de la causalité...⁵⁶

Somme toute, la causalité scientifique requiert une certitude quasi-mathématique alors que la causalité juridique est reconnue sur simple balance des probabilités. Ce qui précède explique en partie les difficultés inhérentes à la détermination des moyens d'exonération disponibles aux médecins à qui l'on oppose une preuve par présomption de fait. Nous sommes d'avis qu'un autre élément contribue à la confusion que nous cherchons à dissiper. Il s'agit de la structure du procès. Voyons ce qu'il en est.

4.2 La structure du procès

La structure d'un procès est telle que lorsque le demandeur recourt aux présomptions de fait, il n'est pas toujours possible d'identifier, à chaque moment de l'enquête, sur les épaules de quelle partie se trouve le fardeau de preuve. Le magistrat n'intervient pas de temps à autre pour indiquer qu'à ce stade de l'audition, il estime que ledit fardeau incombe à telle ou telle partie. En d'autres

56. J.-P. Ménard, *supra* note 32 aux pp. 22-23.

mots, pendant l'enquête, on ne peut suivre de façon systématique l'évolution du fardeau de preuve, telle une balle sur un court de tennis.⁵⁷

À cet égard, certains magistrats soutiennent que le fardeau de preuve se déplace fréquemment entre les parties en fonction des éléments présentés durant le procès⁵⁸. D'autres opinent que c'est une appréciation de l'ensemble de la preuve, indépendamment de l'attribution du fardeau, qui scelle l'issue d'un litige⁵⁹. Quoi qu'il en soit, en bout de piste, le résultat demeure le même : ce n'est qu'à l'issue du procès que l'on sait si le demandeur a franchi l'étape de l'établissement de la preuve et qu'en conséquence le défendeur devait impérativement s'exonérer. Le cas échéant, ce n'est aussi qu'à ce moment que l'on apprend si ce dernier y est parvenu.

L'expérience démontre que les procureurs de la défense présentent généralement l'ensemble des arguments qui sont favorables à leur client, sans pour autant indiquer spécifiquement si ceux-ci visent à attaquer l'existence de la preuve ou encore s'ils tentent de démontrer la présence d'un motif d'exonération⁶⁰.

En définitive, nous soumettons que l'effet identique que procure une preuve non établie et un motif d'exonération, à savoir que la responsabilité n'est pas retenue, explique en partie la confusion que l'on connaît.⁶¹

57. Au sujet de l'impact du fardeau de la preuve, nous référons le lecteur à la section 2.2 des présentes.

58. *Supra* note 29 à la p. 10.

59. *Desjardins c. Montréal (Ville de)*, (19 juin 1989) Montréal 500-09-001657-857, J.E. 89-1254 (C.A.) à la p. 8, M. le juge Monet.

60. Bien entendu, le cas diffère lorsque la faute est admise par le défendeur. En pareilles circonstances, il est clair que les éléments de preuve soumis par la défense viseront à établir un motif d'exonération.

61. Pour une illustration jurisprudentielle de notre propos, voir : *Cagiotti-Girolamini c. Antoniou*, *supra* note 47.

5.- CONCLUSION

L'analyse que nous terminons visait à dissiper la confusion qui existe en regard des moyens d'exonération disponibles à un professionnel de la santé lorsqu'on administre contre lui une preuve par présomptions de fait.

Pour ce faire, nous avons établi une distinction entre l'établissement de la preuve et l'exonération, une fois la preuve présentée par le demandeur ayant convaincu le tribunal du bien-fondé de sa thèse. Nous avons vu qu'à chacune de ces étapes, il est loisible au défendeur de produire des éléments de preuve à l'encontre des arguments de la partie demanderesse.

Dans le processus d'*établissement* de la preuve, le défendeur intervient au niveau de l'induction et attaque les caractères de gravité, précision et concordance exigés des présomptions de fait. En revanche, lorsque la preuve d'une faute est établie, le professionnel de la santé se doit de *s'exonérer* selon les règles usuelles du droit, c'est-à-dire en prouvant un cas fortuit, une force majeure ou le fait d'un tiers. Dans les deux circonstances, si le défendeur réussit, le résultat est le même : sa responsabilité n'est pas retenue.

À notre avis, les divergences d'opinions rencontrées en doctrine et en jurisprudence s'expliquent notamment par ce résultat identique. Contribue également à la confusion le manque de rigueur dans l'identification des deux (2) étapes distinctes que sont l'établissement de la preuve et l'exonération une fois celle-ci établie. Enfin, les divergences entre la causalité juridique et la causalité scientifique participent, elles aussi, à la confusion qui existe en regard des moyens d'exonération disponibles aux professionnels de la santé.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L’AFFIRMATION DE L’ACTION DIRECTE DU TIERS LÉSÉ EN ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ

Auteur(s) : Annick GUÉRARD-KERHULU

Revue : RDUS, 1996-1997, volume 27, numéro 1-2

Pages : 171-306

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12851>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12851>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'AFFIRMATION DE L'ACTION DIRECTE DU TIERS LÉSÉ EN ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ*

par Annick GUÉRARD-KERHULU**

L'action directe du tiers lésé n'est plus un droit de procédure. En procédant à l'analyse de la nature de l'action directe du tiers lésé, nous établirons que les droits des tiers lésés sont diminués par les clauses d'assurance qui limitent la garantie selon les réclamations des victimes, d'où l'intérêt de s'interroger sur la validité de telles clauses d'assurance.

Nous verrons également que l'autonomie de l'action directe du tiers lésé a pour conséquence de modifier les droits que détient un assureur subrogé pour se faire rembourser l'indemnité qu'il a versée. Les conséquences de l'autonomie de l'action directe du tiers lésé nous conduiront à vérifier l'applicabilité des exceptions au droit de subrogation lorsque l'assureur entend recouvrer le montant de l'indemnité contre l'assureur d'une personne de la maison de l'assuré.

A direct action brought by an injured third party is no longer a mere procedural right. Through an analysis of the actual nature of the direct action, rights of injured third parties may be curtailed by clauses which, according to the nature of the claims, actually limit guarantees. The importance of examining the validity of these insurance clauses thus becomes evident.

Moreover, the autonomy of the direct action by an injured third party may also affect the rights of a subrogated insurer to obtain reimbursement of the indemnity paid. The repercussions flowing from the autonomous nature of the action of an injured third party require an examination of the law governing exceptions to the right of subrogation in cases where an insurer, having disbursed an indemnity, seeks to recover the amount disbursed from the insurer of a member of the insured's household.

*. Ce texte est tiré d'un mémoire présenté à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval pour l'obtention du grade de maître en droit (LL.M.).

**, Associée nominale de l'étude Langlois & Boulay, avocats. L'auteure est bachelière en science politique et en droit de l'Université Laval.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	177
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE :	
LA GENÈSE DE L'ACTION DIRECTE DU TIERS LÉSÉ EN ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ	179
Section 1. Le droit antérieur à 1974	179
§1. La fragilité du recours direct de la victime avant 1974	179
§2. La création d'un véritable recours direct en matière d'accidents d'automobile	184
Section 2. La réforme de 1974	187
§1. La création de l'action directe en faveur du tiers lésé	187
§2. L'interprétation restrictive de l'action directe du tiers lésé	188
A. La thèse du raccourci procédural	188
B. Le rejet du cumul	191
C. Le débat portant sur l'inopposabilité des exceptions postérieures au sinistre	192
a) La nature du débat	192
b) L'affaire <i>Aetna</i>	193
Section 3. Le code civil de 1994	196
§1. L'adoption du cumul en faveur du tiers lésé	196
§2. La consécration de l'inopposabilité des exceptions postérieures au sinistre	197
A. L'influence du droit français	198

B.	L'étendue de la protection des droits des tiers lésés	201
----	---	-----

CHAPITRE 1 :

LA NATURE HYBRIDE DE L'ACTION DIRECTE DU TIERS LÉSÉ	205
--	------------

Section 1. La notion de sinistre et la période de garantie 206

§1.	La naissance de la dette de responsabilité de l'assuré	207
A.	La datation du sinistre en assurance de responsabilité traditionnelle	208
a)	L'interprétation des principes issus du <i>Code civil du Québec</i>	208
i)	L'existence d'un fait dommageable	208
ii)	L'existence d'une dette de responsabilité	209
b)	Les enseignements de la Cour suprême du Canada	210
c)	Le sinistre en droit français	213
i)	La détermination du sinistre selon la jurisprudence	213
ii)	La détermination du sinistre selon la doctrine	216
d)	Les clauses des polices d'assurance déterminant le sinistre	219
i)	La notion d'«accident»	219
ii)	La notion d'«événement»	220
iii)	La notion de «réclamation de la victime»	222
B.	La datation du sinistre dans les assurances à base de réclamation	224
a)	Les contrats «sur la base des réclamations»	224
b)	Le déclenchement de la garantie des polices hybrides	226
i)	La survenance du sinistre	226
ii)	La déclaration de la réclamation à l'assureur	228
c)	L'arrêt <i>Reid Crowther Ltd.</i> : les considérations de la Cour suprême du Canada concernant les contrats à base de réclamation	229

	i)	La création de trous de garantie	230
	ii)	Les effets des trous de garantie sur la couverture d'assurance	231
	iii)	Les conditions de validité des polices à base de réclamation vis-à-vis l'assuré	232
	d)	Les clauses destinées à pallier les trous de garantie	233
	i)	La «reprise du passé inconnu»	234
	ii)	La «garantie subséquente»	236
§2.		Le caractère prépondérant de l'action directe du tiers lésé sur les clauses à base de réclamation	240
A.		La protection de l'action directe en réparation du tiers lésé	240
	a)	La consécration du droit direct	240
	b)	L'autonomie du droit direct	241
B.		La critique des clauses à base de réclamation	242
	a)	La perte du bénéfice de la prescription	243
	b)	La dérogation à l'ordre public	244
§3.		Le caractère impératif des droits des tiers lésés en droit français .	246
	a)	Le premier courant prononçant l'inopposabilité des clauses basées sur les réclamations	247
	b)	Le renversement jurisprudentiel déclarant la nullité des clauses dites «claims-made»	249
Section 2.		Les conditions d'exercice de l'action directe du tiers lésé	255
§1.		Les personnes pouvant exercer l'action directe	255
§2.		La preuve de la dette de responsabilité de l'assuré	256
A.		La mise en cause de l'assuré	256
B.		La preuve de la responsabilité de l'assuré au moyen de l'«exception de la chose jugée»	259
§3.		La preuve du contrat d'assurance	262
A.		L'existence du contrat d'assurance	263

- B. La preuve de la garantie d'assurance au moyen de l'«exception de la chose jugée» 265
 - a) L'application de l' «exception de la chose jugée» aux fins de prouver le sinistre 265
 - b) L'application de l' «exception de la chose jugée» à l'action directe du tiers lésé 267

CHAPITRE 2 :
LES CONSÉQUENCES DE L'AUTONOMIE DE L'ACTION DIRECTE DU TIERS LÉSÉ 269

- §1. Le caractère autonome de l'action directe en réparation du tiers lésé 270
 - A. Le recours subrogatoire de l'assureur 270
 - a) Le principe de la subrogation 271
 - b) La subrogation de la créance de réparation directe du tiers lésé 272
 - B. Les exceptions au recours subrogatoire de l'assureur 275
 - a) Les considérations morales 275
 - b) Les raisons juridiques 278
- §2. Le caractère prédominant de l'action directe du tiers lésé sur les exceptions à la subrogation de l'article 2474 C.c.Q. 280
 - A. L'inapplication des fondements de l'interdiction de subrogation à l'assureur 280
 - a) L'absence de liens moraux entre assureurs 280
 - b) L'absence de raison juridique 282
 - B. Le recours direct de l'assureur contre l'assureur du responsable faisant partie de la maison de l'assuré 284
 - a) L'état de la question selon la jurisprudence de la *Saint-Maurice* 285
 - b) L'état de la question selon la doctrine québécoise 285
 - i) La thèse fondée sur la subrogation 286
 - ii) La thèse fondée sur l'assurance de responsabilité 287
 - c) Les hésitations de la jurisprudence française 288

i)	Le premier courant rejetant le recours subrogatoire de l'assureur	288
ii)	Le revirement de la jurisprudence française à l'égard des Caisses de Sécurité sociale . .	289
iii)	Le retour au premier courant	291
iv)	La jurisprudence française change encore d'optique	292
d)	La solution française s'appuyant sur le caractère d'exception de l'interdiction de subrogation	293
e)	L'applicabilité de la solution française au Québec	295
§3.	Le caractère autonome de l'extinction de l'action directe du tiers lésé	298
A.	La prescription de l'action directe du tiers lésé	299
B.	Les modes d'extinction de l'action directe du tiers lésé . .	300
C.	L'autonomie de la prescription du recours direct du tiers lésé	302
a)	L'absence d'interruption de prescription	302
b)	L'étendue de la prescription de l'action directe du tiers lésé	304
CONCLUSION		306

*«L'imagination dispose de tout;
elle fait la beauté, la justice et le bonheur
qui est le tout du monde...»*

B. Pascal,
Pensées et Opuscules.

INTRODUCTION

Depuis l'adoption du *Code civil du Québec*, la protection des droits des tiers lésés est devenue une finalité de l'assurance de responsabilité. Le souci du législateur d'assurer une plus grande protection aux victimes se traduit par l'institution d'un régime de protection d'ordre public et par la reconnaissance du caractère substantiel de l'action directe du tiers lésé.

La transformation de l'action directe du tiers lésé en un droit propre et autonome établit un nouveau rapport de droit entre la victime et l'assureur de responsabilité de l'auteur du préjudice. Pour démontrer ce nouveau rapport de droit, il convient de mettre en lumière l'essentiel de la théorie classique de l'action directe qui s'est développée en France au début des années trente. En effet, la présentation des fondements théoriques du droit direct du tiers lésé nous permet de mieux comprendre la notion d'action directe, sa nature et ses effets. C'est pourquoi nous avons cru opportun de rappeler, dans un chapitre préliminaire, l'évolution des droits des tiers lésés dans le domaine de l'assurance de responsabilité au Québec.

Dans la présentation des liens juridiques unissant la victime à l'assureur de l'auteur du préjudice, nous ferons valoir le caractère substantiel du droit direct du tiers lésé. Avec le remarquable essor de l'autonomie de l'action directe, consécutif à l'adoption d'un régime d'ordre public qui assure la protection des droits des tiers lésés en assurance de responsabilité, nous constaterons que l'action directe n'a plus la même portée depuis l'adoption du nouveau Code civil.

À cet égard, nous aborderons deux aspects majeurs découlant de l'affirmation de l'action directe du tiers lésé selon le droit moderne. L'un d'eux

consiste à analyser la nature autonome du droit direct du tiers lésé pour arriver à déterminer l'étendue de ce même droit. Incidemment, nous verrons que l'affirmation du caractère autonome du recours direct du tiers lésé implique une remise en question des clauses d'assurance qui exigent que les réclamations des victimes soient présentées à l'assureur pendant que le contrat est en vigueur. Le second aspect traite des conséquences de l'autonomie de l'action directe du tiers lésé. Nous allons démontrer notamment l'impact de l'affirmation du droit direct du tiers lésé sur les droits que possède un assureur subrogé contre les personnes de qui il peut recouvrer le montant de l'indemnité qu'il a versée. L'analyse de la nature de l'action directe du tiers lésé s'avère toutefois un préalable à l'étude de ces deux aspects importants qui découlent de la consécration de l'autonomie du droit direct du tiers lésé.

Il est certain que l'affirmation du caractère substantiel et autonome du droit direct du tiers lésé a transformé la nature de l'action directe. Aussi, avons-nous jugé à propos d'entreprendre, dans un premier chapitre, l'examen de la nature hybride de l'action directe du tiers lésé qui suppose à la fois l'existence de la créance de responsabilité de la victime et l'application du contrat d'assurance.

L'étude de la nature hybride du droit direct du tiers lésé nous permettra de soulever les difficultés propres à la détermination de la naissance de la dette de réparation du tiers lésé et à l'identification du point de départ de la garantie d'assurance. Étant donné la subordination de l'action directe à l'application du contrat d'assurance, nous établirons que, dans certains domaines de l'assurance de responsabilité, spécialement en matières commerciale et professionnelle, les droits des tiers lésés sont diminués par les polices d'assurance qui limitent la garantie en fonction des réclamations des victimes.

L'affirmation du droit direct du tiers lésé engendre d'importantes conséquences sur les droits de l'assureur subrogé lorsque cet assureur désire se faire rembourser par des tierces personnes, le montant de l'indemnité qu'il a payée. C'est ce qui explique pourquoi nous consacrerons l'essentiel du second chapitre aux effets de l'affirmation de l'action directe sur les droits dont dispose un assureur subrogé pour recouvrer contre des tiers le montant représentant l'indemnité versée. Nous déterminerons en quoi le caractère autonome du droit direct du tiers lésé implique une remise en question des limites imposées au

recours subrogatoire de l'assureur dans le domaine de l'assurance de responsabilité, particulièrement lorsque la personne contre laquelle l'assureur peut se faire rembourser est l'assureur d'un tiers responsable faisant partie de la maison de l'assuré.

Chemin faisant, l'ensemble de notre mémoire permettra de constater la transformation de l'assurance de responsabilité depuis l'adoption du *Code civil du Québec*. Par notre contribution, nous espérons faire valoir cette réalité et pouvoir alimenter les discussions portant sur le rôle de plus en plus marqué de l'assurance de responsabilité de veiller à la protection des droits des tiers lésés.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LA GENÈSE DE L'ACTION DIRECTE DU TIERS LÉSÉ EN ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ

Section 1. Le droit antérieur à 1974

Jusqu'à l'introduction, en 1961, de l'article 6 de la *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*,¹ ni le *Code civil du Bas-Canada*, pas plus que la *Loi des assurances*² n'instituaient de lien de droit entre la victime et l'assureur du responsable. À moins d'être bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, la victime devait poursuivre l'auteur du préjudice ou exercer une action oblique auquel cas la victime pouvait s'adresser directement à l'assureur en subissant toutefois le concours des autres créanciers du responsable.

§1. La fragilité du recours direct de la victime avant 1974

Hormis le cas particulier de la responsabilité découlant d'un accident d'automobile, seuls l'auteur du préjudice et la victime sont liés par les fondements de la responsabilité civile avant la réforme du droit des assurances

1. *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, S.Q. 1961, c. 65.

2. *Loi des assurances*, S.R.Q. 1964, c. 295.

en 1974.³ C'est pourquoi la réparation de toute victime passe d'abord par la poursuite du responsable et celui-ci peut appeler son assureur en garantie. Si l'assuré refuse ou néglige d'exercer ses droits contractuels contre son assureur, le tiers lésé peut alors agir par le truchement de l'action oblique⁴ afin de recouvrer l'indemnité à laquelle il a droit.

Une apparence de droit suffit au tiers lésé qui entend exercer l'action oblique envers l'assureur du responsable.⁵ En réalité, le tiers lésé exerce les droits contractuels de l'assuré comme s'il était son représentant. C'est ce qui explique pourquoi le montant de l'assurance tombe dans le patrimoine de l'auteur du préjudice; la victime n'ayant aucun droit de gestion du patrimoine de ce dernier.⁶ Une fois le montant des dommages établis par règlement ou par jugement,⁷ la victime peut saisir-arrêter le montant de sa réparation entre les mains de l'assureur du responsable.⁸

Cette procédure implique que l'indemnité qui tombe dans le patrimoine de l'auteur du préjudice est susceptible de saisie par l'ensemble des créanciers de ce dernier. La victime pourra également se faire opposer tous les moyens que l'assureur est en droit d'invoquer contre l'assuré puisque son action est fondée sur les droits du cocontractant.⁹ L'on comprendra que le recours de la victime puisse s'avérer vain parce que la créance de réparation de cette même victime vient en concurrence avec celle des autres créanciers de l'auteur du préjudice. Somme toute, avant la réforme du droit des assurances en 1974, une victime

3. Le droit à la réparation de la victime trouvait sa justification dans les règles de droit des articles 1053-1056 C.c.B.-C. (maintenant 1457-1469 C.c.Q.) qui font de la faute d'une personne la condition première de la responsabilité civile. Il s'agit d'une théorie subjective de la responsabilité où la faute, le préjudice et le lien de causalité en conditionnent l'existence. Voir M. Tancelin, *Des obligations : L'acte illégitime et les modes d'exécution*, vol. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 aux pp. 16-20, n^{os} 411-416.

4. Art. 1627 C.c.Q., anciennement art. 1031 C.c.B.-C.

5. M. Tancelin, *supra* note 3 aux pp. 164-166, n^{os} 646-649.

6. J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993 à la p. 357, n^o 649.

7. I. Mignault, «Assurance-responsabilité : Rapports juridiques entre tiers réclamant et assureur», (1955) 15 R. du B. 126 aux pp. 133-134.

8. Art. 625 et s. C.p.c.

9. *La Prévoyance, compagnie d'assurances c. Dulude*, [1965] B.R. 573.

devait espérer que l'auteur de son préjudice soit solvable¹⁰ ou assuré afin de bénéficier d'une réparation satisfaisante.

L'objet de l'assurance de responsabilité a toujours été de garantir l'assuré contre les conséquences pécuniaires découlant de sa responsabilité civile.¹¹ Au moyen de l'assurance, l'auteur du préjudice peut se libérer de sa dette de responsabilité sans réellement subir de perte patrimoniale. Il lui suffit d'appeler son assureur en garantie pour forcer ce dernier à exécuter son obligation d'assurance car «[l']assuré n'a pas besoin, c'est évident, de justifier du moindre paiement de ses deniers à la victime».¹² La fonction indemnitaire de l'assurance de responsabilité s'est vite adaptée à cette réalité. Le marché de l'assurance a alors prévu que le versement de l'indemnité d'assurance pourrait s'effectuer au profit de la victime, pour le compte de l'assuré.

En effet, dès la première moitié du vingtième siècle, les assureurs offraient à leur clientèle les polices d'«indemnisation» et les polices dites «payer pour».¹³ Les premières avaient pour objectif d'indemniser l'assuré par le transfert d'une somme d'argent du patrimoine de l'assureur à celui de son assuré. Les secondes présentaient une stipulation pour autrui en vertu de laquelle l'assureur s'engageait à verser l'indemnité à la victime, au nom de l'assuré.¹⁴ Il s'agissait ici d'une exception au principe de droit romain «*alteri stipulari nemo potest*» selon lequel les contrats n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes.

-
10. Parfois, même la solvabilité de l'auteur du préjudice n'est pas un critère suffisant pour que la victime fasse valoir son droit à la réparation contre le débiteur puisque «[d]ans de nombreux pays, ceux qui sont solvables bénéficient d'une situation sociale telle que le citoyen ordinaire n'ose pas les poursuivre devant un tribunal ou n'a pas les moyens d'agir à leur rencontre.» A. Tunc, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, Economica, 1989 à la p. 8, n° 2.
 11. Voir la version de 1866 de l'article 2475 C.c.B.-C., al. 2, celle de 1994 de l'article 2396 C.c.Q. ainsi que l'article 16 du *Règlement d'application de la Loi sur les assurances*, R.R.Q. 1981, c. A-32, r. 1.
 12. *Juris-classeur responsabilité civile*, fasc. 511-5, par P. Veaux-Fournerie et D. Veaux, n° 83 [ci-après *J.-cl. resp. civ.*].
 13. Voir I. Mignault, *supra* note 7 aux pp. 126-135, pour une analyse des polices d'«indemnisation» et des polices «payer pour».
 14. *Union québécoise, mutuelle d'assurance contre l'incendie c. Mutuelle des Bois-Francs*, [1984] C.A. 473 aux pp. 475-476, M. le juge Mayrand [ci-après *Mutuelle des Bois-Francs*].

Dans le cas des polices «payer pour», l'assuré est avantagé par la stipulation puisqu'il a intérêt à ce que l'assureur (le promettant) s'exécute au profit du tiers pour éteindre sa dette de responsabilité.¹⁵ Moyennant le consentement de l'assuré, l'assureur pouvait payer directement la victime et éliminer la dette de responsabilité de l'auteur du préjudice. Selon la jurisprudence de *La Mutuelle des Bois-Francis*, les polices «payer pour» attribuaient «(...) au tiers (la victime) une action directe contre l'assureur avant même que l'article 2603 C.C. n'ait été adopté».¹⁶

En interprétant une clause *omnibus* en matière d'assurance automobile, la Cour suprême du Canada a reconnu que la stipulation pour autrui conférait un droit propre en faveur du bénéficiaire, vis-à-vis l'assureur de l'auteur du préjudice.¹⁷ Ainsi, lorsqu'un contrat d'assurance exigeait que l'indemnité soit versée aux victimes d'accidents d'automobile pour le compte de l'assuré, un lien de droit était créé entre l'assureur et les victimes.¹⁸ Les bénéficiaires de la stipulation pour autrui devaient être indemnisés de la même manière et aux mêmes conditions que celles auxquelles l'assuré était soumis. Ces bénéficiaires pouvaient donc poursuivre directement l'assureur après jugement final exécutoire contre l'assuré ou une fois la responsabilité de l'assuré établie par règlement.

En assurance de responsabilité, la victime qui bénéficiait d'une stipulation pour autrui avait donc l'avantage de ne pas faire entrer sa créance de

-
15. J.-L. Baudouin, *supra* note 6 à la p. 275, n° 483. Pour une application plus récente des distinctions entre les polices «payer pour» et les polices d'«indemnisation» voir : *Henry John Generas c. Hartford Accident and Indemnity Company*, [1978] C.A. 1; *Société d'assurance des Caisses populaires c. Maryland Casualty Company*, [1977] C.S. 3; *Union canadienne, compagnie d'assurances c. Saint-Maurice, compagnie d'assurances* (23 janvier 1995), Québec 200-05-002396-898 à la p. 7, M. le juge Moisan [ci-après *Union canadienne*].
 16. *Union, Mutuelle d'assurance contre l'incendie c. Mutuelle des Bois-Francis (La)*, *supra* note 14 aux pp. 475-476, M. le juge Mayrand; *Union canadienne*, *supra* note 15.
 17. *Hallé c. Canadian Indemnity Ins. Company*, [1937] R.C.S. 368 à la p. 377, M. le juge Rinfret. La Cour utilise l'expression «an independent right» pour désigner le droit de la victime vis-à-vis l'assureur.
 18. *Ibid.* La Cour suprême précise que les principes de droit qui justifient l'adaptation de la stipulation pour autrui aux contrats d'assurance ont été préalablement reconnus par cette même Cour dans l'arrêt *Employer's Liability Assurance Company c. Lefavre*, [1930] R.C.S. 1.

réparation dans le patrimoine de l'auteur du préjudice.¹⁹ Cependant, pour que la victime touche l'indemnité, encore fallait-il que l'assureur soit tenu d'exécuter son obligation de garantie. Puisque l'auteur du préjudice demeurait le véritable créancier du promettant, l'assureur pouvait opposer à la victime «(...) *tous les moyens résultant du contrat principal passé avec le stipulant lui-même (par exemple les vices de consentement, les vices cachés affectant la chose, etc.)*».²⁰ La stipulation pour autrui faisait donc naître un droit direct et personnel²¹ au profit du tiers lésé, sans que ce dernier soit pour autant à l'abri des moyens de défense que pouvait soulever l'assureur du responsable.²²

Le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui (la victime) était peut-être directement lié avec le promettant (l'assureur du responsable), mais ce lien de droit demeurait bien fragile. En réalité, il ne s'agissait que d'un accommodement offert par l'assureur à son assuré qui se voyait confirmer le paiement de l'indemnité à la victime. En ayant recours à la stipulation pour autrui, les assurés pouvaient donc être sécurisés par leur assureur qui leur garantissait que la victime avait obtenu réparation.

Malgré les avantages de la stipulation pour autrui, le droit à la réparation de la victime se trouvait trop souvent subordonné aux rapports contractuels unissant l'assureur de responsabilité à l'auteur du préjudice. Comme résultat, l'indemnisation des tiers lésés était rarement effective, même s'il s'agissait d'un objectif fondamental de la responsabilité civile au XX^e siècle.²³ Cependant, avec l'influence du développement du recours direct de la victime en matière d'accidents d'automobile et l'essor du marché de l'assurance, la protection des droits des tiers lésés s'est peu à peu affirmée.

19. «Le bénéfice de la stipulation ne tombant à aucun moment dans le patrimoine du stipulant, les créanciers de celui-ci ne peuvent donc jamais entrer en concurrence avec ceux du bénéficiaire, hormis le cas de fraude.» J.-L. Baudouin, *supra* note 6 à la p. 278, n° 489.

20. I. Mignault, *supra* note 7 à la p. 126; J.-L. Baudouin, *supra* note 6 aux pp. 279-280, n° 491.

21. *Supra* note 17.

22. *Generas c. Hartford Accident & Indemnity Company*, *supra* note 15. Aussi : J.-G. Bergeron, «L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance», (1987) 47 R. du B. 933 aux pp. 970-971.

23. A. Tunc, *supra* note 10 aux pp. 142-145, n° 170-173.

§2. La création d'un véritable recours direct en matière d'accidents d'automobile

En Ontario, au début des années trente, le *Highway Traffic Act*²⁴ accordait déjà à la victime d'un accident d'automobile le droit de poursuivre directement l'assureur du responsable. La législation ontarienne prévoyait aussi que cette même victime détenait «(...) le privilège exclusif, légitimé par l'art. 104 de la Loi fédérale concernant la faillite, de toucher l'indemnité due sous la police et enlève même à l'assureur le droit d'opposer à la victime les causes de déchéance qu'il pourrait soulever à l'encontre de son assuré». ²⁵

À la différence du Québec, l'Ontario offrait une plus grande protection à la victime d'un accident d'automobile en lui assurant un dédommagement, indépendamment du comportement de l'assuré²⁶ ou de sa déconfiture. D'après la législation ontarienne en matière d'accidents d'automobile, le tiers lésé détenait une créance de réparation directe lui étant exclusive. La victime d'un accident d'automobile disposait donc d'un droit propre sur l'indemnité d'assurance, laquelle était générée par la création légale du droit direct et par le privilège exclusif issu de la *Loi sur la faillite*.

À compter de 1961, la province de Québec a suivi l'Ontario sur le terrain de l'assurance automobile en adoptant la *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*.²⁷ D'abord, la loi de 1961 venait modifier celles de 1907²⁸ et de 1912²⁹ en remplaçant la présomption simple de faute par une présomption de responsabilité opposable au propriétaire d'une automobile.³⁰

24. *Highway Traffic Act*, S.O. 1930, c. 48, art. 10. Aussi : C. Brown et E. Cummins Seto, *No-Fault Automobile Insurance in Canada*, Toronto, Carswell, 1988 aux pp. 5-9.

25. I. Mignault, *supra* note 7 aux pp. 128-129.

26. En assurance de responsabilité en général, les contrats d'assurance des provinces de Common Law comprennent, la plupart du temps, une clause-type selon laquelle la cour décide, en fonction de l'équité, d'opposer ou non aux tiers lésés les déchéances de l'assuré lorsque l'assureur subit un préjudice. Voir C. Brown et E. Cummins Seto, *supra*, note 24 aux pp. 1-167.

27. *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, *supra* note 1.

28. *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, (1907) 6 Ed. VII, c. 13.

29. *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, (1912) 3 Geo. V, c. 19.

30. *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, *supra* note 1, art. 3-4.

L'innovation majeure de cette loi consistait à instituer un lien de droit direct entre la victime et l'assureur de l'auteur du préjudice.³¹

La responsabilité, encore subjective, n'apportait rien de plus à la protection des droits de la victime. Par contre, au cas d'inexécution de l'assuré, la victime avait le net avantage d'exécuter directement contre l'assureur le jugement qu'elle avait préalablement obtenu contre l'auteur du préjudice. Le droit direct, institué par l'article 6 de la loi de 1961, s'énonçait ainsi :

«Sous réserve des conditions de son contrat et jusqu'à concurrence du montant stipulé, l'assureur est directement responsable envers les tiers d'un dommage faisant l'objet d'assurance-responsabilité.

De plus, jusqu'à concurrence pour chaque automobile du montant prescrit à l'article 14, il ne peut leur opposer les causes de nullité ou de déchéance susceptibles d'être invoquées contre l'assuré.

*Il ne peut être poursuivi par les tiers avant jugement final exécutoire contre l'assuré.»*³²

Tout compte fait, les premières décisions relatives au recours direct en matière d'accidents d'automobile ne favorisaient pas l'indemnisation des tiers lésés malgré le nombre grandissant d'accidentés de la route.³³ Les victimes avaient encore le lourd fardeau d'établir le caractère répréhensible ou négligent de la conduite de l'automobiliste responsable, une fois que ce dernier eut renversé la présomption de responsabilité qui pesait sur lui. Compte tenu de la fréquence et de la gravité des accidents d'automobiles, le Comité d'étude sur l'assurance automobile a proposé, dans le Rapport Gauvin, que l'indemnisation des

31. *Ibid.* art. 6.

32. À l'époque, l'article 14 de la *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile* *supra* note 1, établissait le montant minimum de l'assurance obligatoire à 35 000\$ et depuis la réforme Payette, l'article 87 de la nouvelle *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q. c. A-25, chiffre ce minimum à 50 000\$.

33. Selon le Rapport du Comité d'étude sur l'assurance automobile, «(...) environ 28% des victimes blessées n'ont droit à aucune indemnisation, alors qu'approximativement 6% n'ont droit qu'à une indemnisation partielle.» Québec, *Rapport du Comité d'étude relatif à l'assurance automobile*, Québec, Éditeur officiel, 1974 à la p. 183 [ci-après «Rapport Gauvin»].

dommages corporels des victimes soit prise en charge en vertu d'un régime d'assurance obligatoire sans égard à la faute d'autrui.³⁴

Le législateur a décidé que la victime d'un dommage corporel n'avait plus accès à aucun recours civil et que le recouvrement des indemnités pour les dommages corporels s'effectuerait auprès de la Société de l'assurance automobile.³⁵ En ce qui a trait aux dommages matériels, le législateur a repris le principe du recours direct de l'article 6 de la loi de 1961 en instituant les articles 108 et 119 de la *Loi sur l'assurance automobile*.³⁶ La victime de dommages matériels peut alors poursuivre directement l'assureur sans attendre la condamnation de l'assuré. Cependant, l'assureur de l'auteur du dommage ne peut opposer au tiers lésé aucune nullité, déchéance ou exception qu'il peut soulever contre l'assuré. L'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile a donc été nettement favorisée par la réforme de l'assurance automobile proposée par le Rapport Gauvin.

Outre le droit direct institué par la *Loi sur l'assurance automobile*, la victime qui désirait poursuivre directement l'assureur de responsabilité de l'auteur de son préjudice devait se contenter de l'action oblique ou espérer être bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. Ces alternatives demeuraient peu avantageuses.³⁷ En assurance de responsabilité en général, le tiers lésé ne possédait donc pas de recours direct et exclusif sur l'indemnité d'assurance, semblable à celui que possédait la victime d'un accident d'automobile.

34. Ces principes furent consacrés par l'adoption de la *Loi sur l'assurance automobile*, L.Q. 1974, c. 70. Pour une étude détaillée de la nouvelle loi : Voir L. Perret, «La nouvelle loi sur l'assurance automobile du Québec» (1978) 9 R.G.D. 8.

35. *Loi sur l'assurance automobile*, *supra* note 34 art. 5-7.

36. Les extraits pertinents des articles 108 et 119 de la *Loi sur l'assurance automobile*, *supra* note 34, se lisent comme suit : Art. 108 : «(...) l'assureur est directement responsable envers la victime du paiement de l'indemnité qui pourrait lui être due, jusqu'à concurrence du montant de l'assurance souscrite.» Art. 119 : «L'assureur d'une personne (...) [responsable] ne peut, jusqu'à concurrence du montant obligatoire d'assurance de responsabilité, opposer au tiers aucune nullité, déchéance ou exception susceptibles d'être invoquées contre l'assuré; (...).»

37. *Supra*, Chapitre préliminaire, section 1, § 1.

Loin de nous l'idée de mesurer l'impact qu'a pu avoir le développement du recours direct en assurance automobile sur la création de l'action directe du tiers lésé en assurance de responsabilité. Néanmoins, nous sommes forts de constater que la création du recours direct de la victime d'un accident d'automobile a ouvert la voie à une plus grande sollicitude du législateur en vue d'assurer une indemnisation aux tiers lésés en assurance de responsabilité.

En 1974, la réforme du droit des assurances est venue modifier le secteur du droit des assurances terrestres par l'adoption de la *Loi sur les assurances*³⁸ et par l'introduction des articles 2468 à 2605 du *Code civil du Bas-Canada*.³⁹ Cette réforme présente d'importantes innovations concernant les droits des tiers lésés.

Section 2. La réforme de 1974

À la différence du recours direct qui prévalait encore au 20 octobre 1976 en matière d'assurance automobile,⁴⁰ le législateur innove en créant un droit direct immédiat sans qu'il soit nécessaire que le tiers attende la condamnation du responsable pour poursuivre l'assureur.

§1. La création de l'action directe en faveur du tiers lésé

Avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur les assurances*,⁴¹ le 20 octobre 1976, le législateur a institué un lien de droit entre l'assureur du responsable et le tiers lésé, selon les termes de l'article 2603 C.c.B.-C. Ce lien s'énonce ainsi : «*Le tiers lésé peut faire valoir son droit d'action contre l'assuré ou directement contre l'assureur.*» L'action directe du tiers lésé existe donc distinctement du recours que peut instituer la victime contre le responsable.

38. *Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, c. 70. La loi a été sanctionnée le 24 décembre 1974 et est entrée en vigueur le 20 octobre 1976.

39. R. Bout, *Le contrat d'assurance en droit comparé français et québécois*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, 1988 à la p. 8.

40. L'article 6 de la *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, *supra* note 1, n'a été remplacé que le 1er mars 1978 lors de l'entrée en vigueur de la réforme Payette. Les victimes d'accidents d'automobiles devaient donc attendre le jugement final exécutoire contre l'assuré avant d'exercer leur droit direct.

41. *Loi sur les assurances*, *supra* note 38.

À l'instar de l'indemnisation directe des victimes en assurance automobile, la création du recours direct en assurance de responsabilité avait pour objectif de faciliter l'indemnisation des victimes en accélérant les procédures. En effet, les victimes n'avaient pas à attendre la condamnation de l'auteur de leur préjudice pour être indemnisées. Le droit direct du tiers lésé permettait aussi de réserver⁴² l'indemnité d'assurance de façon à ce que ce même tiers n'ait plus à subir le concours des autres créanciers de l'auteur du préjudice. Le droit direct assurait également un créancier solvable au tiers lésé.

La réforme de 1974 a non seulement consacré le lien de droit entre le tiers lésé et l'assureur, elle a aussi permis au législateur de spécifier que «[l]e montant de l'assurance est affecté exclusivement au paiement des tiers lésés».⁴³ Mais cela n'a pas suffi pour que la jurisprudence reconnaisse le caractère substantiel du droit direct du tiers lésé.

§2. L'interprétation restrictive de l'action directe du tiers lésé

La création de l'action directe du tiers lésé aura permis à la victime d'échapper au concours des créanciers de l'auteur du préjudice. Toutefois, les tribunaux ont favorisé l'interprétation restrictive de l'action directe du tiers lésé. Le caractère substantiel du recours direct du tiers lésé n'a donc pas été reconnu.

A. La thèse du raccourci procédural

Les articles 2602 et 2603 C.c.B.-C., en vertu desquels le tiers lésé peut poursuivre directement l'assureur pour toucher le montant de l'assurance, sont inspirés du droit français.⁴⁴ Le droit français a d'abord institué un privilège au bénéfice du tiers lésé aux termes de l'article 53 de la *Loi des Assurances du 13*

42. A. Létourneau, «De l'assurance de dommages sous la nouvelle loi sur les assurances», dans *La nouvelle loi sur les assurances : profonds changements au C.c. et aux lois connexes*, C.F.P.B.Q., 1975-1976, 106 aux pp. 154-155.

43. Art. 2602 C.c.B.-C.

44. Québec, ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 1568.

juillet 1930.⁴⁵ Selon ce texte de loi, l'assureur doit désintéresser la victime avant tout autre créancier, jusqu'à concurrence du montant de l'assurance.⁴⁶ Par la suite, à partir du principe de l'immobilisation de la créance, la jurisprudence française a déduit l'existence d'un droit propre.⁴⁷ Ce droit est autonome par sa forme et substantiel quant à son fond.⁴⁸

Au Québec, le *Code civil du Bas-Canada* a fait plus qu'établir un privilège en faveur de la victime. Il a d'abord expressément consacré le recours direct du tiers lésé, puis il a prévu que l'indemnité d'assurance serait affectée exclusivement au paiement de ce même tiers. Malgré cette importante distinction avec le droit français au sujet de la codification du droit direct, la

45. L'article 53 de la *Loi des assurances du 13 juillet 1930* se lit ainsi : «*L'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé, jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré.*» Cet article correspond maintenant à l'article L.124-3 du *Code des assurances* français.

46. Les premières manifestations de l'action directe sont apparues en France relativement au risque d'incendie causé par un locataire et dans le domaine des accidents du travail (lois de 1889 et de 1913). Par la suite, on a étendu l'application de l'article 53 de la *Loi des assurances de 1930* en faveur de toute victime en assurance de responsabilité en général. Voir M. Picard et A. Besson, *Traité général des assurances terrestres en droit français : Assurances de choses - Assurances de responsabilité*, t. 3^e, Paris, L.G.D.J., 1943 aux pp. 532 à 672.

47. L'action directe a connu un développement jurisprudentiel très important en France depuis un célèbre arrêt de la Cour de cassation daté du 14 juin 1926. Il s'agissait d'une victime d'un accident d'automobile qui désirait mettre en cause simultanément l'assureur de responsabilité et l'auteur de l'accident afin que le tribunal puisse fixer contradictoirement la validité du recours direct en lui-même, le montant de l'indemnité et le *quantum* des dommages. Les intimés niaient l'action directe en invoquant l'atteinte au principe de la relativité des conventions et le fait de prêter au législateur une intention qui n'apparaît nulle part dans les textes de loi. La Cour précise que le droit du tiers est un droit qui naît de la loi et non pas du contrat. En conséquence, les parties ne peuvent y faire obstacle par convention. La Cour conclut que l'affectation exclusive de l'indemnité, au bénéfice de la victime, justifie l'action directe du tiers lésé contre l'assureur. Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 1926, D.P. 1927.1.57 (note L. Josserand), S. 1927.1.25 (note P. Esmein).

48. «*En immobilisant cette créance d'indemnité pour en faire bénéficier la victime à l'exclusion de qui que ce soit, la loi a implicitement, mais nécessairement accordé à la victime une action directe pour son recouvrement contre l'assureur.*» É. Beaudonnat, *Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance des fautes*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1927 à la p. 157.

jurisprudence québécoise n'accordait pas au recours de la victime une aussi grande importance que la jurisprudence française.

Par exemple, les tribunaux québécois ont jugé que le recours direct du tiers lésé relevait de la procédure. Ils ont considéré qu'il s'agissait d'une exception au principe de la relativité des contrats et qu'en conséquence, le droit du tiers lésé ne pouvait être interprété que de façon restrictive, c'est-à-dire comme un raccourci procédural servant à simplifier les procédures de réclamation de la victime.⁴⁹

Dans la mesure où la jurisprudence a refusé de considérer le caractère substantiel du recours direct du tiers lésé, les tribunaux ont fait de l'action directe, une procédure permettant au tiers d'être payé plus rapidement en évitant d'avoir à poursuivre l'auteur de son préjudice. Le recours direct ne procurait donc aucune protection particulière au tiers lésé, ne serait-ce que de lui éviter d'être en concurrence avec les créanciers du responsable.

49. *Union québécoise, mutuelle d'assurance contre l'incendie c. Mutuelle des Bois-Francs*, supra note 14 à la p. 473; *Aetna Casualty and Surety Company et autres c. Groupe Estrie, mutuelle d'assurance contre l'incendie et une autre*, [1989] R.J.Q. 1251 (C.S.), conf. par [1990] R.J.Q. 1792 (C.A.), MM. les juges Kaufman, LeBel et Brossard [ci-après *Aetna* avec renvois au jugement de]; *Commercial Union Assurance Company c. Northumberland General Insurance Company* (28 juin 1990), Montréal 500-09-001035-856 (C.A.), MM. les juges Kaufman, Brossard et Lebel; *Guardian du Canada, compagnie d'assurances c. St-Maurice, compagnie d'assurances*, [1990] R.R.A. 700 (C.A.) [ci-après *St-Maurice*]. Voir la doctrine suivante : A. Létourneau, «The Direct Action Against the Insurer» (1978) Mer. Mem. L. 51; A.T. Hewitt, «The Direct Action against the Insurer : Comments and Comparison with the Law of Ontario» (1978) Mer. Mem. L. 63; P. A. Melançon et F. C. Meagher, «La face cachée de l'article 2603 C.c.» (1986) 46 R. du B. 453; B. Faribault, «Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité» (1987) 55 Assurances 300.

B. Le rejet du cumul

Même si le *Code civil du Bas-Canada* offre au tiers le choix d'exercer son action directe ou son action en responsabilité auprès de l'assureur, la Cour d'appel a décidé, en 1984, que ces deux actions étaient mutuellement exclusives; elles ne peuvent coexister simultanément.⁵⁰ La victime doit donc opter en faveur de l'une ou de l'autre action et éviter ainsi le cumul.

La Cour justifie principalement sa décision selon le principe que le droit du tiers est une exception à l'effet relatif des conventions. D'après la Cour d'appel, le recours direct «(...) *est plus restreint que celui accordé par l'article 53 de la loi française du 13 juillet 1930*». ⁵¹ La Cour entend par là que le droit direct du tiers lésé n'est qu'une voie de procédure accélérée.

En faisant de l'action directe une simple procédure, à prendre ou à laisser, la Cour d'appel faisait dépendre l'existence du recours direct de celle de l'action en responsabilité. La Cour évitait ainsi d'avoir à attribuer à ce recours toutes les conséquences juridiques rattachées à un droit substantiel,⁵² contrairement à ce qu'avait décidé la Cour de cassation en France. Le refus de la Cour d'appel de considérer le cumul de l'action directe et de l'action en responsabilité avait fermé la porte à la reconnaissance d'un droit substantiel au profit du tiers lésé et confirmait plutôt la thèse du raccourci procédural. Cependant, la nature de l'action directe du tiers lésé demeurait obscure parce que les tribunaux n'avaient pas encore analysé le fondement même de l'action directe.

50. *Mutuelle des Bois-Francs*, *supra* note 14 à la p. 473.

51. *Ibid.* à la p. 476, M. le juge Mayrand).

52. Selon le professeur Bergeron, «(...) *refuser le cumul amène à privilégier la technicalité procédurale*». J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 2, Sherbrooke, SEM, 1992 à la p. 397.

C. Le débat portant sur l'inopposabilité des exceptions postérieures au sinistre

Il y eut un long débat sur la nature du droit direct du tiers lésé et sur les conséquences qui devaient s'y rattacher. D'une part, on affirmait qu'il s'agissait d'un droit substantiel, tandis que les opposants arguaient que le droit direct du tiers lésé n'était qu'un droit de «faire valoir» plus rapidement l'affectation exclusive du paiement, autrement versé à l'assuré. Toutefois, on reconnaissait que la France octroyait un droit direct à la victime, en vertu de l'article 53 de la *Loi des Assurances du 13 Juillet 1930*.⁵³

a) La nature du débat

Le droit québécois était hésitant à reconnaître l'influence du droit français sur l'interprétation de l'article 2603 C.c.B.-C. En effet, en dépit d'une similitude importante entre l'article 53 du *Code des assurances* français et l'article 2603 du *Code civil du Bas-Canada*, de nombreux juristes québécois refusaient d'attribuer au recours direct les conséquences d'un droit propre et autonome.⁵⁴ Les défenseurs du statut procédural de l'action directe prétendaient que toutes les exceptions, qui pouvaient être opposées à l'assuré, étaient tout autant opposables à la victime.

En l'absence d'un texte clair et exprès sur l'inopposabilité des exceptions, la jurisprudence québécoise demeurait divisée. Elle prétendait, d'une part, que le droit québécois ne permettait à la victime que de faire valoir le droit de l'assuré auprès de l'assureur. Selon ce courant,⁵⁵ il était logique que toutes les exceptions soient opposables au tiers lésé. D'autre part, on était d'avis que le législateur, en 1974, connaissait le développement du recours direct du tiers lésé

53. *Supra* note 45.

54. Les juristes qui favorisaient l'interprétation restrictive du recours direct du tiers lésé étaient d'avis que le droit à l'exclusivité du paiement, décrété à l'article 2602 C.c.B.-C., était seulement un droit de procédure que le tiers lésé pouvait opposer à l'assureur du responsable : «Article 2603 does not create, against the insurer, a right similar to the one created by the act or omission that made the insured liable to the third person; it merely creates the right to invoke directly against the insurer the above-mentioned right.» A. Létourneau, *supra* note 49 à la p. 53.

55. *Supra* note 49.

en France. Il était donc clair que la réforme de 1974 avait eu pour effet d'introduire en droit québécois des principes de droit similaires à ceux de la France, avec les conséquences juridiques s'y rattachant.⁵⁶ La Cour d'appel a tranché le débat le 28 juin 1990 dans l'affaire *Aetna Casualty and Surety Company c. Groupe Estrie, mutuelle d'assurance contre l'incendie*⁵⁷ (ci-après citée *Aetna*).

b) L'affaire *Aetna*

Outre l'affaire de la *Mutuelle des Bois-Francis*,⁵⁸ en vertu de laquelle la Cour d'appel a eu à se prononcer sur la possibilité de cumuler ou non l'action directe avec l'action en responsabilité, l'affaire *Aetna* a été la première occasion pour cette même Cour de statuer sur la nature et les conditions d'exercice du recours direct de la victime.⁵⁹

Selon le juge Brossard, si le législateur québécois avait voulu adopter une solution similaire à celle que la jurisprudence française a déduite de l'article 53 de la *Loi des Assurances*,⁶⁰ il l'aurait clairement exprimé. Pour lui, la création d'un droit propre au bénéfice du tiers lésé fait exception au principe de la relativité des contrats et cela lui paraît être un motif additionnel pour interpréter de façon restrictive l'article 2603 C.c.B.-C. Le juge Brossard

56. Les décisions suivantes favorisaient la thèse de l'inopposabilité des exceptions après sinistre : *St-Louis Viau c. Restaurant Ville St-Pierre Inc.*, J.E. 83-484 (C.S.); *Hoechst Canada Inc. c. Commercial Union Assurance Company* (3 juillet 1985), Montréal 500-05-007012-832 (C.S.), M. le juge Lévesque [ci-après *Hoechst*]; *Boucher c. Economical, compagnie d'assurances mutuelle*, [1989] R.J.Q., 1481 (C.S.). Voir la doctrine favorable à cette même thèse : I. Parizeau, «Droit des assurances : L'interprétation de l'article 2603 C.c.» (1985) 45 R. du B. 129; D. Lluelles, *Droit des assurances : Aspects contractuels*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1986 à la p. 255; J.-G. Bergeron, «L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance» (1987) 47 R. du B. 933.

57. *Aetna*, *supra* note 49. Dans cette affaire, deux autres appels furent réunis sur la question de l'inopposabilité des exceptions postérieures au sinistre : *Hoechst*, *supra* note 56 et *St-Maurice*, *supra* note 49 à la p. 700.

58. *Mutuelle des Bois-Francis*, *supra* note 14 à la p. 473.

59. Dans l'affaire *Aetna*, la Cour d'appel a peut-être réglé le problème de l'opposabilité de l'avis de sinistre mais au-delà de cette question, la nature de l'action directe demeure ambiguë. Pour les juges Brossard et Kaufman, l'article 2603 C.c.B.-C. crée un droit procédural, tandis que le juge Lebel reconnaît que le tiers lésé possède un droit direct substantiel depuis la réforme de 1974.

60. *Supra* note 45.

considère l'action directe du tiers lésé comme une voie de procédure accélérée étant donné le silence du législateur au sujet de l'inopposabilité des exceptions.

Dans le même ordre d'idée, le juge Brossard refuse de conclure que l'article 2603 C.c.B.-C. est inspiré de la *Loi des Assurances* et de la jurisprudence de la Cour de cassation.⁶¹ Par conséquent, il ne reconnaît pas l'applicabilité de la solution française en droit québécois.⁶² Le juge va même jusqu'à affirmer, dans un *obiter dictum*, que dans l'hypothèse où l'action directe du tiers lésé serait d'origine légale, «(...) il n'en demeure pas moins que l'obligation de l'assureur est essentiellement fonction des termes et conditions de la convention d'assurance».⁶³

Pour sa part, le juge Lebel se dissocie de l'opinion de ses collègues lorsqu'il reconnaît que la victime possède un «droit propre» à compter du sinistre.⁶⁴ Cela implique que le droit direct du tiers lésé ne doit pas être affecté par le comportement fautif de l'assuré, postérieurement au sinistre.⁶⁵ Le juge fonde son raisonnement sur le principe voulant que ce droit soit né à l'occasion du contrat d'assurance mais est accordé à la victime par la loi.⁶⁶ Il déclare que la victime acquiert son droit d'action au moment du sinistre, mais ce n'est que l'exercice de l'action directe qui a pour effet de **cristalliser** le droit du tiers dans l'état où il se trouve à ce même moment.⁶⁷

À l'opposé du juge Brossard, le juge Lebel reconnaît l'influence des décisions des cours françaises au sujet de l'inopposabilité des exceptions postérieures au sinistre.⁶⁸ Néanmoins la victime ne peut, selon lui, échapper à

61. *Aetna*, supra note 49 aux pp. 1798-1799, M. le juge Brossard.

62. *Ibid.* aux pp. 1798-1800, M. le juge Brossard.

63. *Ibid.* à la p. 1802, M. le juge Brossard.

64. *Ibid.* à la p. 1811, M. le juge Lebel.

65. *Ibid.* aux pp. 1811-1812, M. le juge Lebel.

66. *Ibid.* à la p. 1811, M. le juge Lebel.

67. *Ibid.*

68. *Ibid.* aux pp. 1807-1809, M. le juge Lebel. Selon le juge Lebel : «La réforme du droit des assurances de 1974 doit être examinée à son mérite. Il ne s'agit pas d'effectuer ce travail en concluant a priori que le rôle des tribunaux est de stériliser toute réforme législative, de la vider de leur contenu et de privilégier nécessairement les interprétations conformes au statu quo. Dans ce travail, sans que nous soyons liés par les décisions des cours françaises, mêmes celles de la Cour de cassation, rien n'interdit d'évaluer les solutions qu'elle retient

l'obligation de fournir l'avis de sinistre à l'assureur. Le juge Lebel précise à ce sujet que l'article 2572 C.c.B.-C. permet à **tout intéressé** de se conformer à cette obligation. D'après lui, l'avis de sinistre est une condition d'exercice préalable à l'action directe du tiers, à défaut d'avoir déjà été fourni par l'assuré.

Selon l'expression du juge Lebel, la nature de l'obligation de déclarer le sinistre à l'assureur n'a pas le «caractère personnel» des obligations de l'assuré à l'égard de son assureur. Par exemple, le juge note que l'obligation de collaboration de l'assuré exige de ce dernier une coopération personnelle. C'est ce qui explique pourquoi le juge Lebel conclut que le tiers lésé doit fournir lui-même l'avis de sinistre si l'assuré néglige de le faire, sans quoi il ne pourra pas exercer son droit direct contre l'assureur.⁶⁹

L'affaire *Aetna* a permis d'établir des distinctions importantes qui ont marqué l'évolution de l'action directe du tiers lésé en assurance de responsabilité. Les juges de la Cour d'appel sont arrivés à la conclusion que la tardiveté de l'avis de sinistre est opposable à la victime mais pour des motifs différents.

Pour le juge Brossard, toutes les déchéances postérieures au sinistre sont opposables à l'assuré. Quant au juge Lebel, il est favorable au principe de l'inopposabilité des exceptions mais il émet une réserve concernant l'avis de sinistre. Il considère que cette obligation peut être remplie par n'importe quel intéressé. Les juges Brossard et Lebel diffèrent également d'opinion sur les fondements du droit direct selon qu'il s'agirait d'un droit substantiel ou d'une voie de procédure accélérée.

Ces différences d'opinions sur la nature du droit direct du tiers lésé n'ont pas suscité longtemps la controverse au sein de la doctrine et de la jurisprudence. En effet, moins d'un an après l'affaire *Aetna*, l'avant-projet de loi

et d'examiner la légitimité et l'opportunité de leur mise en oeuvre par analogie, en droit québécois.» Ibid. à la p. 1809, M. le juge Lebel.

69. *Ibid.* aux pp. 1811-1812, M. le juge Lebel.

portant réforme au Code civil annonçait le choix du législateur qui a consacré par la suite le caractère substantiel du recours direct du tiers lésé.⁷⁰

Section 3. Le code civil de 1994

En 1994, le législateur a adopté le *Code civil du Québec*. Les nouveaux textes suppriment les imprécisions qui avaient empêché les tribunaux de reconnaître le caractère substantiel du droit direct du tiers lésé.⁷¹ D'abord, le législateur a élargi les voies de recours du tiers lésé, puis il a consacré le principe de l'inopposabilité des exceptions postérieures au sinistre.

§1. L'adoption du cumul en faveur du tiers lésé

Contrairement à ce qu'avait décidé la Cour d'appel dans l'arrêt *Union québécoise, mutuelle d'assurance contre l'incendie*,⁷² la victime peut désormais, en vertu de l'article 2501 C.c.Q., cumuler son action en responsabilité contre l'auteur du préjudice avec son recours direct contre l'assureur du responsable.⁷³ Son choix n'est plus exclusif puisqu'il n'emporte pas renonciation aux autres recours du tiers lésé.⁷⁴ Par contre, il semblerait que l'action oblique et la procédure de saisie-arrêt en mains tierces soient toujours admissibles puisque les liens de droit unissant le responsable à la victime demeurent inchangés.⁷⁵

70. A.-P. L., *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 1^{re} sess., 33^e lég., Québec, 1991, art. 2572, al. 1. Cet article fut sanctionné le 18 décembre 1991. Il a été intégralement repris à l'article 2502 C.c.Q., entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

71. «Si, en 1974, le législateur n'a pas été assez explicite en proclamant à l'article 2602 l'affectation du montant de l'assurance au paiement des tiers lésés et, à l'assureur, pour que l'on puisse en déduire que celui-ci ne pouvait opposer au tiers lésé les causes de nullité postérieures au sinistre, son intervention cette fois ne laisse place à aucun doute.» C. Belleau, «Le droit nouveau proposé en matière d'assurance terrestre» (1988) 29 C. de D. 1037 à la p. 1060.

72. *Mutuelle des Bois-Francs*, *supra* note 14 aux pp. 476-477.

73. L'article 2501 C.c.Q. s'énonce comme suit : «Le tiers lésé peut faire valoir son droit d'action contre l'assuré ou l'assureur ou contre l'un et l'autre. Le choix fait par le tiers lésé à cet égard n'emporte pas renonciation à ses autres recours.»

74. *Ibid.*

75. D. Lluellas, *Précis des assurances terrestres*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1995 à la p. 346.

Par cet élargissement des voies d'action du tiers lésé, la loi renforce l'indépendance des recours de la victime, l'un par rapport à l'autre. Le législateur reconnaît ainsi que le recours direct du tiers lésé est plus qu'une voie de procédure; il est aussi un droit distinct et substantiel. En effet, il ne s'agit plus d'un recours de deuxième ordre, subordonné au caractère irréversible de l'option du tiers de poursuivre le responsable,⁷⁶ mais d'une action pleinement autonome.

Le caractère autonome du droit direct s'explique par le fait que le tiers lésé fait valoir son propre droit d'action depuis la réforme de 1994. Son recours direct est entièrement détaché de celui que possédait l'auteur du préjudice. La victime pourra donc trouver réparation autant par l'exercice de son action en responsabilité qu'au moyen de son action directe dirigée contre l'assureur de l'auteur du préjudice. Le choix du législateur de multiplier les voies d'action du tiers lésé sans l'obliger à opter entre ses recours consacre l'interprétation élargie du droit direct du tiers lésé contrairement à la position suivie par la Cour d'appel avant 1994.⁷⁷

§2. La consécration de l'inopposabilité des exceptions postérieures au sinistre

L'article 2502 C.c.Q. consacre la théorie de l'inopposabilité des exceptions postérieures au sinistre. L'inopposabilité est un principe corollaire à l'action directe du tiers lésé. Ce principe confirme l'autonomie du recours direct par la reconnaissance de la cristallisation des droits des tiers lésés au moment du sinistre. Ainsi, les droits de ces mêmes tiers ne peuvent plus être affectés par les faits et gestes de l'assuré après la réalisation du sinistre.

L'article 2502 C.c.Q., relatif à l'inopposabilité des exceptions, se lit ainsi :

«L'assureur peut opposer au tiers lésé les moyens qu'il aurait pu faire valoir contre l'assuré au jour du sinistre, mais il ne peut opposer ceux qui sont relatifs à des faits survenus postérieurement au sinistre;

76. *Mutuelle des Bois-Francs*, *supra* note 14 aux pp. 475-476, M. le juge Mayrand.

77. *Ibid.* à la p. 473.

l'assureur dispose, quant à ceux-ci, d'une action récursoire contre l'assuré.»

En même temps qu'il a étendu le principe de l'inopposabilité des exceptions en faveur du tiers lésé, le législateur a confirmé ce principe dans un régime de protection des droits des tiers lésés institué par l'article 2414 C.c.Q., frappant ainsi de nullité toute stipulation qui déroge à la protection des droits des tiers lésés en assurance de responsabilité.⁷⁸ À titre de comparaison avec les victimes d'accidents d'automobile, on peut cependant observer que le principe de l'inopposabilité s'étend aux nullités, déchéances ou exceptions susceptibles d'être invoquées contre l'auteur de l'accident, sans distinction relative à leur antériorité ou à leur postériorité par rapport au sinistre.

Malgré cette distinction avec l'assurance automobile au sujet du principe de l'inopposabilité, la réforme du *Code civil du Québec* en 1994 a grandement amélioré la protection des victimes en assurance de responsabilité. Le développement du droit direct du tiers lésé en droit français a influé de façon manifeste sur l'intention du législateur québécois d'accroître la protection des droits des tiers lésés.

A. L'influence du droit français

Dans ses commentaires sur le *Code civil du Québec*, le ministre de la Justice reconnaît que l'article 2502 C.c.Q., qui institue l'inopposabilité à la victime des moyens postérieurs au sinistre, s'inspire du droit français.⁷⁹ En France, la thèse de l'inopposabilité des déchéances découle du principe selon lequel «(...) le droit de créance de la victime naît au jour du dommage, il ne saurait, à dater de cet événement, être affecté dans son existence, ni dans son objet, par aucune cause de déchéance encourue personnellement par l'assuré pour inobservation des clauses de la police».⁸⁰ Partant du principe que le tiers

78. Art. 2414, al. 2 C.c.Q. : «(...) Est également nulle la stipulation qui déroge aux règles relatives à l'intérêt d'assurance ou, en matière d'assurance de responsabilité, à celles protégeant les droits du tiers lésé.»

79. Québec, ministère de la Justice, *supra* note 44 à la p. 1568.

80. R. Bout, *Le droit des assurances*, Paris, P.U.F., 1981 à la p. 74.

lésé doit être désintéressé le premier,⁸¹ la jurisprudence française est d'opinion que l'assureur ne peut opposer au tiers lésé les exceptions postérieures au sinistre⁸² telles la tardiveté de l'avis de sinistre, les déclarations mensongères⁸³ et la nouvelle déchéance pour «déclaration tardive des aggravations de risques».⁸⁴

Lors de l'étude détaillée de l' *Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*,⁸⁵ les intervenants aux débats de l'Assemblée nationale, alors en sous-commission des institutions, ont également constaté que le droit direct du tiers lésé est inspiré du droit français.⁸⁶ Cependant, le Bureau d'assurance du Canada (B.A.C.) a souligné, dans son mémoire, qu'il craignait un encouragement à la collusion entre la victime et le responsable par la consécration de la théorie de l'inopposabilité des exceptions. Par exemple, si la victime surévalue ses pertes avec la complicité du responsable, l'application de l'inopposabilité des exceptions postérieures au sinistre pourrait préjudicier l'assureur.

Mais l'argument du B.A.C. n'a pas suscité de longs commentaires parce que la sous-commission a reconnu que cette possibilité de collusion existait déjà, indépendamment des nouvelles dispositions et que l'assureur a, de toute façon, un recours récursoire contre l'assuré en défaut.⁸⁷ En l'absence d'un véritable débat sur la question, il ressort des commissions parlementaires portant sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil, que le but de ces mesures législatives était de favoriser l'indemnisation de la victime.⁸⁸

81. *Supra* note 45.

82. Voir la décision de principe du 15 juin 1931 : Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1931, D.H. 1931.411.

83. Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1956, Bull. civ. 1956.I.147, n° 181.

84. Art. L. 113-9, al. 9 C. ass. Mme Lambert-Faivre considère que cette nouvelle déchéance est mal fondée en droit. Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1992 à la p. 223, n° 335.

85. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, *supra* note 70.

86. _____, *Journal des débats : Commissions parlementaires*, SCI, 1^{re} session, 34^e légi. (Qué.) à la p. 920, n° 23.

87. *Ibid.*

88. *Ibid.*

Même si le ministre de la Justice a identifié formellement la source d'inspiration de l'inopposabilité des exceptions postérieures au sinistre comme étant l'article R. 124-1 du *Code des assurances* français,⁸⁹ l'on peut cependant observer quelques différences avec la France. Par exemple, l'article RL. 124-1 du *Code des assurances* ne vise que les déchéances alors qu'en droit québécois, l'inopposabilité est décrétée d'une façon plus générale, en faveur de tous moyens postérieurs au sinistre.

La différence tient au fait que les déchéances sont des sanctions qui découlent obligatoirement du contrat d'assurance, tandis que les «moyens» postérieurs au sinistre comprennent également les sanctions qui se fondent sur les obligations légales de l'assuré. En pratique, la différence n'est pas significative car les obligations légales prévues au *Code civil du Québec* correspondent respectivement aux déchéances prévues dans les contrats d'assurance de responsabilité en France.⁹⁰

La consécration du principe de l'inopposabilité des exceptions postérieures au sinistre a donc contribué à accroître la protection des droits des tiers lésés en assurance de responsabilité. Mais quelle est l'étendue de cette protection? S'applique-t-elle seulement à l'exercice de l'action directe par le tiers lésé ou s'étend-elle à l'action en responsabilité de la victime?

89. L'article RL.124-1 C. ass. se lit ainsi : «*Les polices d'assurances garantissant des risques de responsabilité civile doivent prévoir qu'en ce qui concerne cette garantie **aucune déchéance** motivée par un manquement de l'assuré à ses obligations commis postérieurement au sinistre ne sera opposable aux personnes lésées ou à leurs ayants droit. Elles ne doivent contenir aucune clause interdisant à l'assuré de mettre en cause son assureur ni de l'appeler en garantie à l'occasion d'un règlement de sinistre. (...)*» (Nos caractères gras.)

90. En France, par exemple, le défaut de l'assuré de fournir les pièces nécessaires exigées par l'assureur et le défaut de logger un avis de sinistre à temps ne constituent pas des obligations légales tandis qu'au Québec, ces exigences découlent de la loi. Néanmoins, en France, les assureurs font de ces exigences des déchéances. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 aux pp. 306-309, n^{os} 490 et 495.

B. L'étendue de la protection des droits des tiers lésés

L'application du principe de l'inopposabilité des moyens postérieurs au sinistre est-elle propre à l'action directe? Avant 1994, le juge Lebel a abordé cette question lorsqu'il a traité de la cristallisation des droits du tiers lésé dans l'affaire *Aetna*.⁹¹ Il a préconisé la théorie de la cristallisation des droits du tiers lésé selon laquelle le tiers acquiert la créance dans l'état où elle se trouve au moment du sinistre, sans être affectée par les déchéances de l'assuré postérieurement à la réalisation du risque.⁹² La théorie de la cristallisation des droits des tiers lésés, telle qu'exposée par le juge Lebel, peut-elle encore prévaloir depuis que le législateur qualifie d'ordre public les droits des tiers lésés en matière d'assurance de responsabilité?

D'après le juge Lebel, le bénéfice de l'inopposabilité ne s'acquiert pas en fonction du seul critère de postériorité par rapport au sinistre; la victime doit aussi exercer son recours direct contre l'assureur de l'auteur du préjudice. Le juge déclare que l'inopposabilité des exceptions postérieures au sinistre ne bénéficie pas à la victime qui choisit de saisir-arrêter le montant de l'indemnité entre les mains de l'assureur. Suivant les conclusions du juge Lebel, le tiers lésé acquiert son droit d'action directe dès le sinistre, mais la cristallisation des droits du tiers lésé ne s'opérera que si ce dernier exerce son action directe. Le juge s'exprime ainsi :

«La situation varierait s'il n'exerçait pas ce recours, se bornait à poursuivre l'assuré et par la suite, tentait de recouvrer l'indemnité par voie de saisie-arrêt. La cristallisation ne se serait pas produite. Il aurait débattu et établi sa créance avec l'assuré. Ensuite, il succède-

91. *Aetna*, *supra* note 49 aux pp. 1809-1811, M. le juge Lebel.

92. La théorie de la cristallisation des droits du tiers lésé est issue d'une jurisprudence audacieuse de la Cour de cassation : *Supra* note 82; Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1974, Bull. civ. 1974.I.90, n° 105; R.G.A.T. 1975.76. En vertu de cette théorie, le droit direct du tiers lésé, qui est le droit propre sur l'indemnité d'assurance, naît du sinistre et ne saurait être entaché des faits et gestes de l'assuré postérieurement à cet événement. «On pourrait dire, en schématisant, qu'avant le sinistre, le droit direct de la victime, qui n'est alors qu'en gestation, ne se nourrit que du contrat d'assurance, tandis qu'après le sinistre, qui marque la naissance de ce droit, le "cordon ombilical" est coupé, et le droit direct de la victime vit sa propre vie.» J.-cl. resp. civ., *supra* note 12, n° 18.

*rait à ses droits contre l'assureur au moment où il les aurait établis.
En un sens, le temps et l'exercice de la procédure entraîneront des
variations dans les droits substantiels accordés.»⁹³*

Le professeur Lluelles note que le *Code civil du Québec* ne spécifie pas si l'article 2502 *C.c.Q.*, relatif à l'inopposabilité, est réservé à l'exercice de l'action directe. Selon lui, ce silence doit être interprété en fonction du respect de la présomption du maintien du droit positif, eu égard particulièrement aux saisies-arrêts. Cela suppose que la victime peut se voir opposer tous moyens par l'assureur lorsqu'elle pratique une saisie-arrêt contre lui. Par contre, cette même victime ne pourrait bénéficier de l'inopposabilité des moyens postérieurs au sinistre que si elle exerce son action directe.⁹⁴

Madame Odette Jobin-Laberge note également cette possibilité d'une dualité de régime selon que la victime intente une poursuite contre l'assuré ou qu'elle exerce son recours direct.⁹⁵ Toutefois, le professeur Lluelles et madame Jobin-Laberge déplorent le fait d'avoir une «(...) *opposabilité partielle ou totale selon que la victime a procédé par action directe contre l'assureur ou par action ordinaire contre l'auteur du dommage, sans compter le cas où elle a poursuivi l'un et l'autre*».⁹⁶

En France, les déchéances postérieures au sinistre sont inopposables à la victime indistinctement du fait qu'elle exerce son action directe ou son action en responsabilité. Ainsi, l'assureur appelé en garantie qui décide d'assumer la défense de son assuré ou de contester l'application de la garantie dans le cadre de l'action en responsabilité ne peut opposer à la victime les exceptions postérieures au sinistre. En raison du caractère impératif de l'article L. 124-3 du *Code des assurances*, l'inopposabilité des déchéances à la victime s'applique également à l'exercice de l'action en responsabilité de la victime.⁹⁷

93. *Aetna*, *supra* note 49 à la p. 1811, M. le juge Lebel.

94. D. Lluelles, *supra* note 75 à la p. 346.

95. O. Jobin-Laberge et L. Plamondon, «Les assurances et les rentes», dans *La réforme du Code civil : Obligations, contrats nommés*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993 à la p. 1093, n° 255.

96. *Ibid.* Également : D. Lluelles, *supra* note 75 à la p. 346.

97. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 aux pp. 431, 438-439, n°s 665 et 677.

Nous sommes davantage favorables à la thèse qui prévaut en droit français. Nous ne croyons pas qu'il faille interpréter le caractère général du libellé de l'article 2502 C.c.Q. comme l'expression de la volonté du législateur d'appliquer la théorie de l'inopposabilité seulement en faveur de la victime qui exerce son recours direct. Si le législateur avait voulu limiter la protection de la créance du tiers lésé à l'exercice de l'action directe, il l'aurait expressément dit. Il faut garder à l'esprit que l'article 2502 C.c.Q. a comme objet de réformer le droit antérieur, soit d'éliminer les imprécisions de la réforme de 1974 à l'égard des droits des tiers lésés dans le domaine de l'assurance de responsabilité.

Le législateur a posé un nouveau choix social qui s'inscrit dans sa volonté générale d'assurer une plus grande protection aux victimes en créant un régime de protection des droits des tiers lésés et en le décrétant d'ordre public.⁹⁸ Pourquoi faudrait-il comprendre que cette protection n'avantage le tiers lésé qu'au seul cas où il exerce son action directe? Le libellé de l'article 2502 C.c.Q., dont la formulation est générale, succède à l'article 2501 par lequel le Code civil institue le cumul des différentes voies d'action du tiers lésé. N'est-ce pas là une indication que l'inopposabilité des moyens postérieurs au sinistre protège le tiers lésé, quelle que soit la procédure qu'il entend utiliser?

D'ailleurs, l'interprétation que nous favorisons a l'avantage d'éviter une dualité de régimes quant aux moyens opposables au tiers lésé et de parer au risque d'obtenir des jugements contradictoires. Comme nous l'enseigne Pierre-André Côté, il ne faut pas perdre de vue que «(...) *la constatation du caractère réformateur de la loi appelle une interprétation déterminée, soit l'interprétation propre à promouvoir la réforme voulue par le législateur*».⁹⁹

D'après cette optique découlant de l'interprétation téléologique de la réforme du droit des assurances, nous sommes d'avis que l'inopposabilité des moyens postérieurs au sinistre ne doit pas être circonscrite au seul recours direct du tiers lésé. Nous ne croyons pas davantage que l'article 1608 C.c.Q., qui est

98. *Supra* note 78.

99. P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, Montréal, Yvon Blais, 1990 à la p. 46.

relatif au maintien de l'obligation d'un débiteur lorsqu'un tiers paie la victime, puisse être invoqué avec succès au soutien de la dualité de régimes.¹⁰⁰

Au contraire, l'obligation du débiteur ne doit pas être modifiée ni atténuée de nouveau parce que l'assureur est poursuivi par son assuré plutôt que par le tiers lésé. En effet, la réforme de 1994 a transformé l'obligation de payer l'indemnité d'assurance en un droit d'ordre public.¹⁰¹ Le maintien de la dualité de régime consisterait à transformer le lien de droit unissant le tiers lésé à son débiteur selon qu'il exerce son action en responsabilité ou qu'il choisisse de poursuivre directement l'assureur du responsable.

La protection des victimes n'était sans doute pas aussi affirmée avant la réforme de 1974, mais depuis 1994 le rôle social de l'assurance de responsabilité est nettement accentué. Sa finalité rejoint maintenant celle qui prévaut en France, soit de réaliser «(...) autant la garantie de la créance d'indemnisation des victimes, que celle de la dette de réparation du responsable».¹⁰² Cet objectif du législateur québécois est d'ailleurs renforcé par le caractère d'ordre public du nouveau régime de protection des droits des tiers lésés en assurance de responsabilité.¹⁰³

Le *Code civil du Québec* a aussi permis d'éliminer les ambiguïtés relatives à la nature de l'action directe du tiers lésé en lui attribuant un fondement légal incontestable. Nous devons reconnaître au droit direct du tiers lésé tous les attributs d'un droit substantiel afin que se réalise l'intention du législateur qui est de garantir une indemnisation aux victimes en assurance de responsabilité.

Les chapitres 1 et 2 traitent respectivement de la nature de l'action directe du tiers lésé et des conséquences découlant de l'autonomie de cette même

100. Art. 1608 C.c.Q. : «L'obligation du débiteur de payer des dommages-intérêts au créancier n'est ni atténuée ni modifiée par le fait que le créancier reçoive une prestation d'un tiers, par suite du préjudice qu'il a subi, sauf dans la mesure où le tiers est subrogé aux droits du créancier.» Voir O. Jobin-Laberge et L. Plamondon, *supra* note 95 à la p. 1162, n° 255.

101. *Supra* note 78.

102. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 313, n° 502.

103. *Supra* note 78.

action. Le recours direct du tiers lésé s'analyse d'abord en fonction de la double nature du droit direct : une action fondée à la fois sur la responsabilité civile et sur le contrat d'assurance de l'auteur du préjudice (Chapitre 1).

Une fois la dette de responsabilité de l'assuré établie, l'action directe du tiers lésé devient suffisamment autonome pour avoir des conséquences sur les droits que détient l'assureur subrogé qui a versé l'indemnité. L'autonomie du droit direct se reflète également sur l'extinction de la créance directe du tiers lésé (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA NATURE HYBRIDE DE L'ACTION DIRECTE DU TIERS LÉSÉ

L'affirmation de l'autonomie du droit direct du tiers lésé en assurance de responsabilité élargit la portée de l'action directe. En effet, le droit direct du tiers lésé, maintenant doté d'un caractère substantiel, constitue une véritable créance de réparation ayant pour objectif la mise en oeuvre de l'obligation de garantie de l'assureur. On voit tout de suite que l'action directe du tiers lésé possède un double fondement qui suppose, d'une part, l'existence de la créance de responsabilité de la victime et, d'autre part, l'existence du contrat d'assurance de l'auteur du préjudice. De là l'importance d'analyser la nature particulière de l'action directe du tiers lésé en assurance de responsabilité.

Dans la mesure où la double nature de l'action directe du tiers lésé suppose l'application du contrat d'assurance de l'auteur du préjudice, nous verrons que la nature de l'action directe met en cause l'étude du sinistre et la détermination du point de départ de la garantie en assurance de responsabilité. La nature hybride de l'action directe du tiers lésé nous amènera donc à préciser, dans une première section, la naissance du droit à la réparation du tiers lésé et ensuite, la détermination de la mise en oeuvre de l'obligation de garantie de l'assureur dans les assurances de responsabilité traditionnelles.

Une fois ces précisions apportées, nous constaterons les effets de l'affirmation du droit direct sur les droits des tiers lésés qui sont en présence de parties liées par un contrat basé sur la présentation d'une réclamation à l'assureur

au cours de la période d'assurance. Les conditions d'exercice de l'action directe du tiers lésé seront abordées dans la seconde section.

Section 1. La notion de sinistre et la période de garantie

Le caractère incertain¹⁰⁴ du droit direct du tiers lésé privait souvent ce tiers d'une indemnisation qui lui était pourtant exclusive. Désormais, le droit direct du tiers lésé constitue beaucoup plus qu'une voie de procédure accélérée permettant au tiers lésé de faire valoir son droit à l'indemnité d'assurance.¹⁰⁵ En effet, le législateur n'a pas retenu le caractère essentiellement procédural du droit direct tel que décrété par la Cour d'appel.¹⁰⁶ Il a octroyé au tiers lésé un droit substantiel et d'ordre public.¹⁰⁷

Si autonome soit-il, le recours direct du tiers lésé est doté d'un caractère hybride. Cela signifie que ce recours *«(...) participe à la fois de l'action en responsabilité, puisque sa base directe est le fait dommageable, et de l'action fondée sur un contrat d'assurance, puisque sa base indirecte est la conclusion d'un tel contrat»*.¹⁰⁸ Étant donné la double nature de l'action directe, la victime doit d'abord détenir une créance de responsabilité contre l'auteur de son préjudice si elle entend faire valoir son droit à réparation directement contre l'assureur. Sans créance de responsabilité, il n'y a donc aucun lien de droit entre la victime et le responsable, que celui-ci soit assuré ou non.¹⁰⁹

À elle seule la créance de responsabilité ne permet pas à la victime d'exiger une indemnisation directe de l'assureur de l'auteur du préjudice;

104. R. Moreau, «Chronique juridique» (1991) 4 Assurances, 609.

105. Selon les auteurs Melançon et Meagher, le tiers lésé faisait valoir un *«(...) droit d'action qui pourrait être qualifié de la nature d'une action oblique prématurée ayant pour effet de permettre à la victime la possibilité d'atteindre l'assureur le plus rapidement afin d'exercer les droits conférés par l'article 2602 C.c. sans avoir à respecter les exigences imposées pour l'exercice de l'action oblique prévue par l'article 1031 C.c., telles l'inaction et l'insolvabilité.»* P. A. Melançon et F. C. Meagher, *supra* note 49 à la p. 458.

106. *Mutuelle des Bois-Francs*, *supra* note 14 aux pp. 475-477, M. le juge Mayrand; *Aetna*, *supra* note 49 aux pp. 1800-1802, M. le juge Brossard.

107. *Supra* note 78.

108. D. Lluelles, *supra* note 75 à la p. 342.

109. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 445, n° 687.

l'assureur doit aussi être tenu d'exécuter sa garantie. C'est au moment de l'entrée en vigueur du contrat d'assurance que naîtra l'obligation contractuelle de l'assureur, tandis que son obligation de couverture ne sera déclenchée qu'au jour du sinistre.¹¹⁰ Ainsi, ce n'est qu'après la réalisation du risque, soit la consécration du sinistre, que le tiers lésé sera en droit d'exiger le montant de l'assurance auprès de l'assureur. Toutefois, ce dernier pourra opposer au tiers lésé les clauses d'exclusion prévues au contrat ainsi que tous moyens antérieurs au sinistre.¹¹¹

La détermination du sinistre est relativement simple lorsque les dommages sont la suite immédiate de la réalisation du risque. Mais nous verrons qu'elle devient fort complexe lorsque les dommages se manifestent longtemps après le fait dommageable, tels les dommages causés à l'environnement ou encore l'apparition de vices en matière de construction. L'identification du jour marquant le déclenchement de la période d'assurance soulève aussi des difficultés, lorsque le contrat d'assurance est basé sur les réclamations des victimes, d'où la nécessité d'analyser la double nature du droit direct du tiers lésé.

§1. La naissance de la dette de responsabilité de l'assuré

Règle générale, la naissance de la dette de responsabilité de l'assuré constitue le sinistre en assurance de responsabilité traditionnelle. La dette de responsabilité de l'auteur du préjudice sert aussi de fondement pour déterminer le point de départ de la période de garantie de l'assureur. Toutefois, cette règle diffère lorsque les assureurs limitent la garantie d'assurance en fonction de la réclamation de la victime. Cette particularité fait en sorte que les contrats qui sont fondés sur le concept de réclamation présentent des problèmes de couverture qui peuvent affecter le droit d'action directe du tiers lésé.

110. J.-G. Bergeron, *supra* note 52 aux pp. 328-329.

111. *Supra*, Chapitre préliminaire, section 3, § 2.

A. La datation du sinistre en assurance de responsabilité traditionnelle

L'identification du jour du sinistre est de première importance en assurance de responsabilité parce qu'en principe le sinistre marque le déclenchement de l'obligation de garantie de l'assureur.¹¹² La loi ne présente aucune définition du sinistre. Cependant, le *Code civil du Québec* et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada fournissent certains éléments qui servent à en préciser la notion.

a) L'interprétation des principes issus du *Code civil du Québec*

Aux termes de l'article 2463 C.c.Q., «*l'assurance de dommages oblige l'assureur à réparer le préjudice subi au moment du sinistre, mais seulement jusqu'à concurrence du montant de l'assurance*».¹¹³ Deux règles se dégagent de cette disposition : le montant de l'indemnité s'évalue au moment du sinistre et le déclenchement de la couverture naît aussi lors du sinistre. Sur la base de ces principes, nous ferons état des critères que la loi nous dicte pour définir le sinistre en assurance de responsabilité.

i) L'existence d'un fait dommageable

Bien que la loi ne définisse nulle part le sinistre, le *Code civil du Québec* établit la portée de ce terme. En effet, il ressort du libellé de l'article 2396 C.c.Q., relatif à l'objet de l'assurance de responsabilité, que le sinistre se réfère au fait dommageable qui entraîne des conséquences pécuniaires pour l'assuré. C'est d'ailleurs pourquoi le Code civil énonce que l'objet de l'assurance de responsabilité est «*(...) de garantir les conséquences pécuniaires de l'obligation qui peut lui incomber, en raison d'un fait dommageable, de réparer le préjudice causé à autrui*».

Comme le remarque Rémi Moreau, cette définition de l'assurance de responsabilité suppose que l'assureur se préoccupe du **fait dommageable**

112. *Supra* note 52 aux pp. 328-329.

113. Nos italiques.

commis durant la période d'assurance.¹¹⁴ Cependant, Rémi Moreau ne considère pas que le fait dommageable réalise le risque prévu au contrat. Selon lui, la notion d'événement ou de risque assuré, en assurance de responsabilité, se réalise par la réclamation d'un tiers plutôt que par le fait dommageable, contrairement à ce qui se passe en assurance de biens.¹¹⁵

Le professeur Lluelles diffère d'opinion. Après avoir distingué le risque assurable, soit l'objet de la garantie, du risque assuré, le sinistre, Lluelles identifie le risque assurable comme étant la possibilité de poursuites judiciaires¹¹⁶ et spécifie que l'on doit référer au contrat afin de singulariser l'événement pour lequel une protection est accordée. Pour sa part, le professeur Bergeron affirme que lorsqu'on «(...) assure sa responsabilité, on entend assurer l'ensemble des éléments susceptibles d'engager sa responsabilité. Ces éléments sont autant la faute que le dommage».¹¹⁷ D'après ces opinions, il demeure difficile de dater le sinistre en assurance de responsabilité.

Chose certaine, le sinistre est consacré par le fait dommageable. Il nous reste à déterminer si ce fait correspond à la faute, à la survenance du préjudice ou à la réclamation. Examinons en quoi le Code civil peut nous aider à préciser ce qui constitue le fait dommageable en assurance de responsabilité.

ii) L'existence d'une dette de responsabilité

Selon les dispositions du Code civil qui traitent de la déclaration de sinistre et du paiement de l'indemnité, le sinistre est constitué par un événement de nature à mettre en jeu l'obligation indemnitaire de l'assureur. Ces mêmes dispositions nous permettent d'affirmer que le sinistre consacre le risque visé par le contrat d'assurance et constitue ainsi le «risque assuré». Tel que l'observe le

114. R. Moreau, «La notion d'événement en assurance de responsabilité civile» (1987) 21 R.J.T. 419 à la p. 445.

115. *Ibid.* aux pp. 419 et 422.

116. Didier Lluelles affirme à ce sujet qu'en assurance de responsabilité, il importe peu, d'un point de vue technique, «(...) que l'événement susceptible d'entraîner la responsabilité du preneur se soit réalisé, étant donné que le risque [assurable] est ici la possibilité de poursuites judiciaires». D. Lluelles, *supra* note 75 à la p. 163.

117. J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 1, Sherbrooke, SEM inc., 1989 à la p. 275.

professeur Lluelles, le «risque assuré», c'est-à-dire le sinistre, est la réalisation de l'événement circonscrit¹¹⁸ par les parties au contrat d'assurance, alors que le «risque assurable» se conçoit selon un événement futur, éventuel et possible.¹¹⁹

On se rappellera que l'objet de l'assurance de responsabilité, tel qu'énoncé à l'article 2396 C.c.Q., est de garantir l'assuré contre les conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile. Il est clair que l'assuré désire se protéger contre d'éventuelles poursuites en responsabilité. Le professeur Lluelles explique que la possibilité d'être poursuivi représente le risque assurable, soit l'événement redouté par l'assuré, tandis que le sinistre se réfère à l'événement qui cause préjudice à la victime.¹²⁰ Le sinistre pourrait donc se définir par l'événement qui crée la dette de responsabilité civile de l'assuré.

La détermination de l'objet de l'assurance de responsabilité contenue à l'article 2396 C.c.Q. et la définition du risque assuré découlant des dispositions portant sur la déclaration du sinistre (art. 2470 à 2473 C.c.Q.) nous permettent de mieux cerner le sinistre. À cet égard, nous retenons qu'en assurance de responsabilité en général, le sinistre est consacré par la survenance d'un fait dommageable qui crée une dette de responsabilité dans le patrimoine de l'assuré. Par conséquent, nous ne pensons pas que la réclamation de la victime soit créatrice de la dette de responsabilité de l'assuré.

La Cour suprême du Canada a aussi analysé le sinistre dans le domaine de l'assurance en général afin d'identifier l'élément qui déclenche l'obligation de garantie de l'assureur. La Cour suprême apporte donc quelques précisions sur la notion de sinistre.

b) Les enseignements de la Cour suprême du Canada

La détermination du fait à l'origine du préjudice en assurance de responsabilité est une question qui demeure complexe malgré les précisions

118. D. Lluelles, *supra* note 75 à la p. 181; Voir Art. 2470 à 2473 C.c.Q.

119. *Ibid.* aux pp. 163-165.

120. *Ibid.* aux pp. 163, 200-201.

apportées par la Cour suprême du Canada sur le sens du mot sinistre.¹²¹ Au fil du temps, la jurisprudence a rappelé l'importance de se référer aux termes du contrat d'assurance pour déterminer le fait qui déclenche l'obligation de garantie de l'assureur.¹²² Cependant, comme le souligne Mme Odette Jobin-Laberge, il est rare que les parties à un contrat d'assurance définissent clairement le fait qui déterminera le déclenchement de la garantie.¹²³ C'est pourquoi nous avons jugé opportun de rappeler l'opinion de la Cour suprême concernant le sens du mot «sinistre» en assurance de responsabilité traditionnelle.

En 1992, la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur le sens des mots «risque» et «sinistre» dans l'arrêt *Frenette*.¹²⁴ La jurisprudence a alors clarifié le moment du déclenchement de la couverture. La Cour a établi des distinctions applicables à l'assurance en général, même si la question en litige concernait une renonciation à la confidentialité des dossiers médicaux de l'assuré lors de la souscription d'une police d'assurance-vie. La juge L'Heureux-Dubé a procédé à l'étude des mots «risque» et «sinistre» selon leur sens ordinaire et technique.¹²⁵ Pour étayer son raisonnement, la Cour réitère les distinctions apportées par le juge Malouf, dissident en Cour d'appel.¹²⁶ La juge L'Heureux-Dubé s'exprime ainsi :

«En conséquence, les “risques” constituent l'objet même du contrat d'assurance; la réalisation de ce risque, c'est-à-dire le “sinistre”, déclenche l'obligation de l'assureur d'indemniser l'assuré ou son bénéficiaire. Cette interprétation est appuyée davantage par le Code civil qui assimile le terme “sinistre” au terme anglais “loss”. Dans

121. *Frenette c. Métropolitaine, compagnie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647 [ci-après *Frenette*].

122. *Canadian Indemnity Company c. Walkem Machinery Equipment Ltd.*, (1973) 5 W.W.R. 212 à la p. 224 (B.-C.C.A.), conf. par [1976] 1 R.C.S. 309. Aussi J.-G. Bergeron, *supra* note 117 aux pp. 275-282.

123. O. Jobin-Laberge, «L'affaire *Allstate* et *La Royale* : La notion d'événement et les obligations des assureurs excédentaires, une solution propre au droit québécois» (1995) 4 *Assurances*, 567 à la p. 573.

124. *Frenette c. Métropolitaine, compagnie d'assurance-vie*, *supra* note 121 aux pp. 647 et 669, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

125. *Ibid.*

126. *Métropolitaine, compagnie d'assurance-vie c. Frenette*, [1990] C.A. 62 aux pp. 68-71, M. le juge Malouf.

ce contexte, le juge Malouf a parfaitement raison, selon moi, de faire remarquer, à la p. 70 : “(...) le sinistre ne peut avoir lieu qu'au moment de la réalisation du risque. En d'autres termes, c'est la perte ou “loss” qui donne lieu à la réclamation. [...] Autrement dit, le risque est l'événement futur qui est redouté par l'assuré. Ce mot réfère à un événement futur, certain ou incertain, qui peut occasionner la perte. Le mot “sinistre” se réfère à la réalisation de l'événement donnant lieu à la réclamation. En d'autres termes, les expressions “risque” et “sinistre” possèdent une définition différente et une signification distincte.” »¹²⁷

Ces considérations de la Cour suprême du Canada établissent que le sinistre (risque réalisé) est généralement consacré par la survenance du préjudice ou, en d'autres mots, par la perte qui donne lieu à la réclamation de la victime. Étant donné la récente décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Allstate c. Royale*, on pourrait ajouter à cette définition que le sinistre peut se rapporter à la réalisation d'un événement qui revêt une importance telle qu'un assuré peut s'attendre raisonnablement à recevoir une réclamation.¹²⁸

Compte tenu de ces précisions, nous pensons que la Cour suprême choisit de dater le sinistre selon le jour où survient le préjudice (fait dommageable), plutôt qu'en fonction du jour où survient la cause du préjudice (fait générateur), quoique dans bien des situations la survenance du préjudice soit concomitante au fait qui en est la cause. Par ailleurs, il est intéressant de noter que la définition du sinistre, présentée par la Cour suprême dans l'affaire *Frenette*, se rapproche de la théorie américaine du *Injury-In-Fact* servant à déterminer le point de départ de la couverture lorsque le préjudice est progressif et continu. Selon cette théorie, le déclenchement de la garantie des polices commerciales (CGL), qui exigent généralement que l'événement dommageable survienne au cours de la période d'assurance, est daté en fonction du fait même

127. (Nos caractères gras.) *Frenette*, *supra* note 121 à la p. 669, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

128. *Allstate c. Royale*, [1994] R.J.Q. 2045 à la p. 2059 (C.S.). Le juge s'exprime en ces mots : «I would therefore conclude that the Insured could reasonably have inferred the possibility of a claim in the course of the month of August 1980. It follows from the foregoing that the only insurance policies which are “triggered” are those which were in force at that time».

qui réalise le dommage.¹²⁹ Néanmoins, que ce soit le *fait dommageable* ou le *fait générateur* que le droit québécois décide de privilégier dans la détermination du moment du déclenchement de la garantie d'assurance, nous pouvons affirmer que la dette de responsabilité de l'assuré ne naît pas de la réclamation de la victime puisque cette même réclamation est toujours postérieure au fait dommageable, quelle que soit la définition retenue pour identifier ce fait.

La question de la datation du sinistre en assurance de responsabilité a fait l'objet de longs débats en France. Malgré les divergences d'opinions qui ressortent de la jurisprudence et de la doctrine, le droit français met de l'avant certains critères servant à identifier le sinistre en assurance de responsabilité.

c) Le sinistre en droit français

En France, l'interprétation de l'article L.124-1 du *Code des assurances* a rendu difficile la détermination du sinistre en assurance de responsabilité. D'après cet article, «(...) l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, **une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé**».¹³⁰ Par leur interprétation de l'article L. 124-1 C. ass., la jurisprudence et la doctrine françaises ont tenté de définir le sinistre en assurance de responsabilité.

i) La détermination du sinistre selon la jurisprudence

La jurisprudence a éprouvé beaucoup de difficultés à identifier le fait à l'origine du déclenchement de la garantie d'assurance, d'autant plus lorsque la manifestation du dommage apparaissait plusieurs années après l'événement dommageable. Par exemple, en avril 1993, la Cour de cassation a retenu que le *fait générateur* avait déclenché la garantie d'assurance lors de travaux réalisés

129. *Infra* note 152. Voir G. Hilliker, *Liability Insurance Law in Canada*, Toronto, Butterworths, 1991 à la p. 134, au sujet des théories américaines relatives à la mise en oeuvre de la garantie de l'assureur.

130. (Nos caractères gras.) Picard et Besson observent que le législateur a codifié la doctrine d'Hémarc selon laquelle la réclamation de la victime constitue le dommage qui met en jeu la garantie d'assurance. M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres : Le contrat d'assurance*, t. 1, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1982 à la p. 531, n° 357.

une dizaine d'années précédant l'apparition de vices de construction.¹³¹ La Cour considère que le fait qui marque le point de départ de la garantie de l'assureur correspond à la réalisation des travaux mal effectués. Toutefois, la Cour ne précise pas davantage la nature du *fait générateur*. Considérait-elle que la réalisation des travaux mal effectués constituait la cause des dommages, la survenance du dommage en lui-même ou la faute de l'assuré?

Quelques mois plus tard, en octobre 1993, la 1^{re} chambre civile avait, une fois de plus, l'occasion de statuer sur une affaire de vices de construction. Cette fois, la Cour retient que «(...) *l'origine des dommages subis par le maître de l'ouvrage résidait dans la faute commise par le fabricant, qui avait fabriqué et livré une production défectueuse (...)*». ¹³² La Cour refuse de considérer que la révélation du vice peut constituer le *fait générateur* à l'origine des dommages.

La Cour ne distingue pas le *fait générateur*, c'est-à-dire la «cause» du dommage, du *fait dommageable* qui réfère à la survenance du dommage en tant que tel, contrairement aux distinctions qui avaient été développées par une importante doctrine¹³³ quelque temps auparavant. La Cour de cassation considère donc que le sinistre se réalise par la faute du fabricant et que la garantie est déclenchée à ce moment précis.

En 1995, la jurisprudence de la Cour de cassation statue sur trois espèces relatives à la détermination du fait à l'origine d'un dommage qui se manifeste longtemps après la faute. Les cours inférieures n'avaient pas retenu la faute du fabricant comme étant le fait à l'origine du dommage, mais plutôt le critère qui avait été préconisé en doctrine selon lequel «(...) *c'est la réalisation du dommage, ou fait dommageable, qui constitue le sinistre constitutif d'une dette d'indemnisation à la charge de l'assuré*». ¹³⁴ Dans les trois espèces, la Cour de

131. Cass. civ. 1^{re}, 28 avr. 1993, Bull. civ. 1993.I.99, n° 148; Resp. civ. et ass. 1993.12.comm.245, obs. S. Bertolaso.

132. Cass. civ. 1^{re}, 9 juin 1993, Resp. civ. et assur. 1993.15.comm.326 (note S. Bertolaso).

133. *Infra* note 142.

134. Cass. civ. 1^{re}, 3 oct. 1995, Resp. civ. et assur. 1996.20.comm.38, cassation de CA Montpellier, 1^{re} ch., D., 11 mars 1993; Cass. civ. 1^{re}, 30 oct. 1995, Resp. civ. et assur. 1996.20-21.comm.38, cassation de CA Paris, 23^e ch. B, 23 oct. 1995; Cass. civ. 1^{re}, 14 nov. 1995, Resp. civ. et assur. 1996.20.comm.38, cassation de CA Versailles, 4^e ch., 24 janv. 1992.

cassation renverse cette position et décide que l'origine des dommages réside dans le *fait générateur*, c'est-à-dire dans la livraison de produits défectueux.

En choisissant la livraison de produits défectueux plutôt que la date de fabrication comme étant le *fait générateur* à l'origine du dommage, la jurisprudence de la Cour de cassation se trouve à opter pour un critère qui favorise à la fois les assurés et les victimes. En effet, «(...) *moins on fait remonter dans le temps l'origine du dommage, moins elle risque d'être antérieure à la prise d'effet de la police et plus le sinistre a donc de chances d'être garanti*». ¹³⁵ La jurisprudence française est donc déterminée à faire du *fait générateur*, le fait à l'origine du dommage qui engage la garantie d'un assureur. ¹³⁶

Il est certain que la date de livraison d'un produit défectueux nécessite de remonter moins loin dans le temps que le suppose la date de fabrication. Toujours est-il que si la motivation première de la jurisprudence de la Cour de cassation est d'opter pour le moment qui soit le plus rapproché de la prise d'effet de la police de façon à avantager l'assuré et la victime, pourquoi n'a-t-elle pas choisi le critère du *fait dommageable* qui implique de remonter moins loin dans le temps que l'exige le critère du *fait générateur*? En effet, la cause à l'origine du dommage (*fait générateur*) précède systématiquement le jour de la réalisation du dommage (*fait dommageable*).

Quelles que soient les motivations rattachées au choix qu'a fait la Cour de cassation dans sa détermination du point de départ de la garantie d'assurance, il est clair qu'elle n'a pas considéré que le sinistre, en assurance de responsabilité, pouvait être daté en fonction de la réclamation de la victime. - Nous constaterons ci-après que la détermination du fait à l'origine d'un

135. M.-A. Peano, «Un souci de cohérence dans la jurisprudence relative à l'étendue de la garantie dans le temps» Resp. civ. et assur. 1996.3.chron. 3.

136. La doctrine explique le choix de la Cour de cassation selon le principe qu'en droit français, «(...) *c'est la délivrance du produit défectueux, et non sa fabrication, qui engage la responsabilité du fabricant à l'égard du maître de l'ouvrage*». *Ibid.* à la p. 4. Le principe est différent selon le droit québécois car la responsabilité du fabricant peut remonter à la date de fabrication d'un produit. En effet, le fabricant peut engager sa responsabilité au moment de la fabrication puisque le Code civil lui permet de se décharger de sa responsabilité s'il prouve que le défaut ne pouvait être connu lors de la fabrication (art. 1474, al. 2 C.c.Q.).

dommage a aussi fait l'objet de longues discussions au sein de la doctrine française. On y retrouve d'importantes précisions servant à dater le sinistre en assurance de responsabilité.

ii) La détermination du sinistre selon la doctrine

D'après Picard et Besson, l'interprétation de l'article L. 124-1 signifie que «[l]e sinistre n'existe que par la réclamation du tiers lésé».¹³⁷ Les auteurs affirment que cette interprétation a l'avantage de prendre en considération le fait que l'assureur couvre les dommages subis par l'assuré plutôt que ceux subis par la victime. Picard et Besson considèrent que le patrimoine de l'assuré «(...) n'est atteint ou menacé de l'être que le jour où le tiers met en jeu la responsabilité de l'assuré en formulant contre lui une réclamation».¹³⁸

Néanmoins, Picard et Besson observent qu'en pratique, la «réclamation» du tiers lésé ne sert pas de référence pour déterminer le déclenchement de la couverture d'assurance.¹³⁹ Selon eux, la mise en jeu de la garantie d'assurance s'explique de la manière suivante :

«(...) normalement, ce qui est couvert, pendant la durée du contrat, c'est-à-dire depuis sa prise d'effet jusqu'à la date de sa cessation, ce sont les fautes dommageables que l'on peut commettre (...). Ce qui est ici habituellement retenu, c'est la cause originaire de la responsabilité de l'assuré, son fait générateur, car, en souscrivant une assurance - par exemple une assurance-automobile - l'assuré envisage les fautes dommageables qu'il peut commettre - dans l'exemple les accidents qu'il peut causer - pendant la période où le contrat sera en vigueur (...).»¹⁴⁰

Malgré l'interprétation qu'ils font de l'article L.124-1 du *Code des assurances*, Picard et Besson soulignent que ni les tribunaux, ni la doctrine, ne font de la réclamation du tiers l'élément déclencheur de la garantie d'assurance.

137. *Supra* à la p. 43.

138. M. Picard et A. Besson, *supra* note 130.

139. Cette interprétation fut confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1970 : Cass. civ. 1^{re} 16 juillet 1970, D. 1970.Jur.670, J.C.P. 1971.II.16652 (note A. Besson).

140. M. Picard et A. Besson, *supra* note 130 aux pp. 532-533, n° 358.

Les auteurs reconnaissent que la garantie est due et «mise en mouvement», selon leur expression, par le «fait générateur» ou par les «fautes dommageables».¹⁴¹

À ce sujet, la professeure Yvonne Lambert-Faivre remarque que l'«(...) [o]n confond trop souvent le fait générateur qui se situe en amont du dommage en remontant à sa cause et le fait dommageable qui est le fait même qui réalise le dommage».¹⁴² Mme Lambert-Faivre est d'avis que le fait dommageable est une conséquence du fait générateur. Selon elle, « [q]uelles que soient les hypothèses de fait, il faut souligner et répéter que la créance d'indemnisation de la victime et, corrélativement, la dette de réparation du responsable naît au jour (ou aux jours) de la réalisation des dommages».¹⁴³

D'après les récentes décisions de la Cour de cassation rendues à la fin de l'année 1995, les distinctions apportées en doctrine par Mme Lambert-Faivre n'ont pas été retenues. La Cour a en effet affirmé «(...) que le fait dommageable se définit comme l'événement, cause génératrice du dommage (...)»,¹⁴⁴ sans toutefois reconnaître qu'il pouvait avoir lieu de distinguer le fait dommageable du fait générateur.

À l'instar de Picard et Besson, madame Lambert-Faivre soulève toute l'ambiguïté pratique qui découle de l'interprétation de l'article L.124-1 du *Code des assurances*.¹⁴⁵ Même si elle reconnaît qu'il sera essentiel que la victime soumette préalablement une réclamation amiable ou judiciaire avant d'être indemnisée, la professeure Lambert-Faivre affirme que «(...) jamais la "réclamation de la victime" n'a été érigée en élément constitutif de la dette de responsabilité (créance d'indemnisation); jamais sa date n'a été retenue, ni par la doctrine, ni par la jurisprudence, comme référence de la naissance de la responsabilité ou de l'évaluation des préjudices».¹⁴⁶

141. *Ibid.*

142. Y. Lambert-Faivre, «La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses "réclamation de la victime"» D. 1992.Chron.13 à la p. 14.

143. *Ibid.*

144. M.-A. Peano, *supra* note 135 à la p. 3.

145. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 142 aux pp. 13-14.

146. *Ibid.* à la p. 14.

De plus, madame Lambert-Faivre considère que la réclamation n'est pas essentielle à la réalisation du sinistre; elle n'en constitue que la révélation.¹⁴⁷ Toujours selon la professeure, «(...) si la victime ne réclame aucune indemnisation, son droit demeure latent jusqu'à l'arrivée de la prescription qui éteint sa créance : il n'y a rien là de spécifique à l'assurance».¹⁴⁸

Tout bien considéré, la doctrine française a utilisé plusieurs expressions pour dater le sinistre. La doctrine parlera ainsi de la «faute» ou des «fautes dommageables», de la «cause originaire», du «fait générateur» ou encore du «fait dommageable». Malgré la variété des termes utilisés, la doctrine apporte d'importantes précisions sur la datation du sinistre en assurance de responsabilité lorsqu'elle vient préciser que la réclamation de la victime ne constitue pas le sinistre mais plutôt la révélation de ce même sinistre.

La question de la détermination du fait qui met en oeuvre la garantie de l'assureur n'est sans doute pas épuisée ni en France ni au Québec. Il est en effet complexe de déterminer si ce fait correspond à la survenance du préjudice en lui-même, c'est-à-dire la «réalisation du dommage» selon les termes utilisés en droit français, ou si le fait qui déclenche la garantie correspond au *fait générateur*. Cependant, aussi bien le droit français que le droit québécois évitent de dater le sinistre en fonction de la réclamation de la victime.

Peu à peu conscients des difficultés rattachées à la détermination du sinistre, les assureurs ont développé, au fil du temps, différentes clauses leur permettant de préciser le point de départ de la période de garantie. Les assureurs avaient pour objectif de limiter le déclenchement de la couverture d'assurance de manière à mieux gérer l'indemnisation des dommages apparaissant plusieurs années après la commission de l'événement dommageable.

147. «En effet, si le sinistre est réalisé dès la survenance du dommage, la "réclamation de la victime" joue évidemment un rôle de révélateur nécessaire dans l'assurance de responsabilité comme dans la responsabilité civile elle-même (...).» Ibid. à la p. 16.

148. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 417, n° 646.

d) Les clauses des polices d'assurance déterminant le sinistre

Les assureurs ont d'abord identifié le moment de la mise en jeu de la couverture d'assurance en fonction de la notion d' «accident». Par la suite, ils ont privilégié le concept d' «événement», puis le concept de «réclamation de la victime», pour enfin élaborer une police hybride formée à la fois de l' «événement» et de la «réclamation».

i) La notion d' «accident»

Le sinistre s'est métamorphosé au gré des clauses proposées par le marché de l'assurance. Au milieu des années trente, les assureurs ont choisi de faire de l'accident le concept de base de la définition du sinistre dans les polices d'assurance de responsabilité civile.¹⁴⁹ Le Bureau d'assurance du Canada, sous l'influence du National Casualty Insurance Rating Bureau, son pendant américain, a alors introduit une police d'assurance de responsabilité multirisque dont le sinistre était défini selon la notion d'accident.

L'accident référait à «(...) un événement soudain, imprévisible et inattendu, involontaire».¹⁵⁰ Le caractère de soudaineté, essentiel à la qualification du sinistre, avait pour effet d'exclure tous les dommages qui étaient susceptibles de se développer graduellement. Comme le souligne Rémi Moreau, les parties devaient recourir à un avenant relatif aux dommages matériels en vertu duquel on élargissait la définition d'accident pour l'étendre à toute exposition continue ou répétée à des risques essentiellement de même nature.¹⁵¹ La notion d'accident était devenue insuffisante en elle-même.

149. R. Moreau, *supra* note 114 à la p. 417.

150. *Ibid.* à la p. 434.

151. *Ibid.* aux pp. 430-431.

ii) La notion d' «événement»

Durant les années soixante, les assureurs ont remplacé la notion d'accident par celle d'événement dans les polices multirisques.¹⁵² Le caractère de soudaineté, associé à la notion d' « accident », a alors complètement disparu pour laisser place au développement graduel et répété d'un risque. Ainsi, les contrats d'assurance offraient l'avantage de déclencher la garantie d'assurance à la date de l'événement. Dans ces circonstances, il se pouvait que le risque se réalise de façon continue et que les dommages surviennent plusieurs années après la réalisation de l'événement.¹⁵³

La substitution de la notion d'événement à celle d'accident n'a pas vraiment aidé à clarifier le moment du déclenchement de la couverture d'assurance. Les assureurs continuaient à définir le sinistre comme étant tout événement générateur de dommages.¹⁵⁴ Demeurait la question de savoir si le sinistre devait être consacré par la faute commise, par les dommages générés par celle-ci ou par la réclamation d'un tiers lésé.

152. Les polices d'assurance multirisques utilisées dans le domaine commercial sont connues sous l'expression anglaise «Comprehensive General Liability Policy». Ces contrats d'assurance couvrent les risques découlant des services ou des produits issus d'une entreprise commerciale, à l'exception de quinze exclusions standard, tels les risques qui sont propres au roulement des affaires («business risk») d'une compagnie. Voir H. A. Sanderson, *The Comprehensive General Liability Policy: The Insuring Intent*, Toronto, Butterworths, 1990 aux pp. 9-23.

153. «*This revision was designed for at least two purposes : (i) to negate the element of suddenness which has sometimes been associated with "accident", thereby extending coverage to property damage which takes place over a long period of time; and (ii) to ensure that all injury or damage resulting from continuous or repeated exposure to substantially the same general conditions would be considered as arising from one occurrence for the purpose of both the deductible provisions and the policy's limits of liability.*» G. Hilliker, *supra* note 129 aux pp. 116-117.

154. Les contrats d'assurance de responsabilité des particuliers présentent une clause-type servant à définir le sinistre selon l'événement générateur de dommages : «*Sinistre : tout événement générateur de dommages, étant précisé que tous les dommages ayant la même origine seront imputés à un seul et même sinistre, quel que soit le nombre de tiers lésés.*» (Définition tirée d'un contrat d'assurance-habitation des Assurances générales des caisses Desjardins inc. pour la période 1995-1996.)

Les contrats d'assurance basés sur l'événement sont encore utilisés couramment en assurance-habitation. Ils offrent l'avantage à l'assuré, et incidemment au tiers lésé, de couvrir les réclamations formulées à l'assureur après l'expiration de la police, car c'est la notion d'événement qui aura déclenché la garantie.¹⁵⁵ Par contre, il se peut que la prévisibilité des sinistres des contrats à base d'événement ne soit pas jugée satisfaisante par les assureurs. Par exemple, lorsque le préjudice apparaît de nombreuses années après l'expiration d'un contrat, il est difficile, voire impossible pour les assureurs de prévoir le nombre d'assurés à indemniser. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit au début des années quatre-vingt alors que le marché de l'assurance a subi une importante crise financière.

La définition élargie de la notion d'événement et une série d'autres facteurs sont à l'origine de ce chaos. Plusieurs catastrophes environnementales, tels les désastres chimiques de la l' *Union Carbide* à Bhopal et l'intoxication des travailleurs de l'amiante, ont conduit à de nombreuses poursuites et entraîné des coûts de défense faramineux pour les compagnies d'assurances. À eux seuls, les dossiers relatifs à la contamination des travailleurs des mines d'amiante ont coûté aux assureurs des billions de dollars en frais de défense.¹⁵⁶

Vers 1986, les assureurs canadiens ont apporté des modifications aux contrats d'assurance de responsabilité sous l'influence de la plus importante réforme de l'assurance moderne engagée aux États-Unis par l'*Insurance Services Office*.¹⁵⁷ La priorité des assureurs consistait à exclure la garantie d'assurance lorsque les dommages apparaissaient plusieurs années après l'événement. Les assureurs ont donc procédé au raffinement de la notion d'événement et ils ont introduit la police basée sur les réclamations des victimes.

155. R. Moreau, *supra* note 114 à la p. 445.

156. T. R. M. Davis, «The New IBC Standard Form Commercial General (Claims-Made) Liability Policy» (1987) 5 Can. J. Ins. L. 77; H. A. Sanderson, *supra* note 152 aux pp. 1-8; O. Jobin-Laberge, *supra* note 123 aux pp. 567 et 576.

157. R. Moreau, *supra* note 114 à la p. 446.

iii) La notion de «réclamation de la victime»

Les contrats d'assurance basés sur l'événement ne permettaient pas aux assureurs de prévoir le risque avec suffisamment de précision. Les assureurs ont voulu pallier ce problème en insérant la notion de réclamation de la victime dans les polices d'assurance de responsabilité.

Le concept d'événement, adopté par l'industrie de l'assurance en 1973, est substantiellement repris bien qu'on y ajoute des limitations se rapportant au montant de la garantie ainsi que des exclusions particulières.¹⁵⁸ On a introduit une quinzaine d'exclusions standard afin d'écarter notamment le risque découlant de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité professionnelle, le risque de pollution, le risque rattaché à l'utilisation d'un produit, le risque découlant d'un accident nucléaire, etc.

L'innovation majeure marquant la période qui a suivi la crise financière de l'assurance au début des années quatre-vingt demeure l'introduction d'un contrat d'assurance de responsabilité basé sur la réclamation de la victime. Dans la plupart des assurances couvrant les risques commerciaux, le sinistre continuera d'être défini en fonction du fait dommageable (ou du fait générateur selon la thèse privilégiée), tandis qu'en matière d'assurance de responsabilité professionnelle, le sinistre se référera à la réclamation de la victime. Cependant, tant dans les assurances commerciales que professionnelles, la garantie ne sera déclenchée que lorsque la réclamation est logée contre l'assureur pendant la durée du contrat.¹⁵⁹

Les contrats à base de réclamation sont très utilisés dans le domaine des assurances de construction, des assurances professionnelles, des assurances des commerçants et des fabricants de produits de consommation et dans celui des assurances couvrant le risque de pollution. Le Bureau d'assurance du Canada met également à la disposition des particuliers des polices d'assurance basées sur les réclamations. Mais comme nous l'indique Rémi Moreau, ce genre de contrat

158. *Ibid.* aux pp. 446-447; T. R. M. Davis, *supra* note 156 aux pp. 83-84.

159. T. R. M. Davis, *supra* note 156 à la p. 77.

ne semble pas connaître la même popularité rencontrée dans le domaine des risques commerciaux ou professionnels.¹⁶⁰

Tel que le souligne Thomas R. M. Davis, le but recherché par les polices basées sur les réclamations «(...) *is to enable insurers to predict current liabilities rather than underwrite unpredictable long-term liabilities (occurrence basis)*». ¹⁶¹ À la différence des contrats d'assurance basés sur l'événement, les polices à base de réclamation accroissent donc la prévisibilité du risque en faveur de l'assureur. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs reconnu cet avantage pour les assureurs. Par la même occasion, la Cour note certains effets des contrats à base de réclamation sur les droits de l'assuré. À cet égard, la juge McLachlin cite un extrait de Thomas R. M. Davis :

*«L'objectif de la formule d'assurance sur la base des réclamations est de permettre aux assureurs de prévoir les responsabilités en cours plutôt que de garantir des responsabilités imprévisibles à long terme (base des événements). Il n'y a pas de doute que cette formule permettra d'atteindre cet objectif, principalement en plaçant sur les épaules de l'assuré une grande partie du risque des responsabilités à long terme imprévisibles.»*¹⁶²

Les polices à base de réclamation permettent effectivement aux assureurs de faire une meilleure évaluation du risque. Par exemple, il peut s'avérer qu'un assureur s'engage à garantir la responsabilité découlant d'un produit alors que ce même assureur ignore qu'un tel produit causera des dommages apparaissant à long terme. Selon le nombre, la nature et le montant des réclamations qui peuvent avoir été déclarées à l'assureur pendant la période d'assurance, l'assureur pourra réviser l'évaluation du risque à l'égard de son assuré ou à l'égard d'assurés dont la responsabilité se rapporte à un produit similaire à celui ayant donné lieu à d'importantes réclamations.

160. R. Moreau, «Garanties particulières : L'assurance de responsabilité professionnelle» (1988) 4 Assurances 562 aux pp. 562-563, particulièrement à la note 3.

161. T. R. M. Davis, *supra* note 156 à la p. 78.

162. *Reid Crowther Ltd. c. Simcoe & Erie Insurance Company*, [1993] 1 R.C.S. 266, Mme la juge McLachlin [ci-après *Reid Crowther Ltd.*]. La citation est une traduction de T. R. M. Davis, *supra* note 156 à la p. 78.

Il sera donc avantageux pour l'assureur «(...) d'obtenir des renseignements détaillés sur les réclamations éventuelles avant même d'offrir une garantie (ou son renouvellement) à une personne et, ainsi, d'éviter d'avoir à indemniser des assurés d'une partie importante des réclamations éventuelles qui existent à la date d'effet de la garantie (ou de son renouvellement)». ¹⁶³ Considérant cet avantage, l'assureur fixera donc la prime d'un contrat basé sur les réclamations à un moindre coût. ¹⁶⁴

En résumé, l'introduction des contrats à base de réclamation est venue pallier les problèmes de couverture reliés aux polices basées sur l'événement lorsque les dommages se développent graduellement, souvent plusieurs années après l'expiration du contrat. De façon générale, le concept de réclamation augmente la prévisibilité du risque pour l'assureur. Par contre, son utilisation engendre des problèmes de couverture qui peuvent priver l'assuré du bénéfice de l'assurance et empêcher le tiers lésé de faire valoir sa créance directe auprès de l'assureur.

B. La datation du sinistre dans les assurances à base de réclamation

L'analyse des contrats basés sur les réclamations permet d'illustrer le phénomène des trous de garantie qui caractérise l'ensemble des polices d'assurance fondées sur le concept de réclamation. En raison des trous de garantie inhérents à ce genre de contrats, les clauses liant la garantie à la réclamation de la victime limitent grandement la période de couverture et peuvent diminuer les droits des tiers lésés. Les assureurs ont tenté de minimiser les effets négatifs de ces clauses par la création de mécanismes contractuels mais cela n'élimine pas complètement les trous de garantie.

a) Les contrats «sur la base des réclamations»

Le marché de l'assurance propose différents contrats faisant de la réclamation de la victime la base du sinistre. On trouve d'abord la «véritable»

163. *Ibid.* aux pp. 264-265, Mme la juge McLachlin.

164. *Ibid.* à la p. 266, Mme la juge McLachlin.

police basée sur les réclamations, ensuite la police basée sur les réclamations présentées et déclarées¹⁶⁵ et la police dite hybride.¹⁶⁶ Nous nous intéresserons particulièrement au contrat hybride dont l'utilisation est répandue dans le domaine des assurances commerciales et professionnelles.¹⁶⁷

Dans une police basée exclusivement sur les réclamations, c'est la réclamation qu'un tiers lésé présente à l'assuré au cours de la période d'assurance qui aura pour effet de mettre en oeuvre l'obligation de garantie de l'assureur. Quant à la police basée sur les réclamations présentées et déclarées, elle exige que la victime présente d'abord sa réclamation à l'assuré pendant la durée du contrat. Par la suite, l'assuré doit déclarer la réclamation à son assureur avant l'expiration de la police.

Les contrats d'assurance à base de réclamation peuvent aussi varier selon qu'ils sont fondés «sur la base de la découverte du sinistre» ou «sur la datation des réclamations». En ce qui a trait aux premiers, c'est la découverte du sinistre qui déclenche la garantie d'assurance. Quant aux contrats basés «sur la datation des réclamations», Rémi Moreau observe que ces contrats exigent habituellement que les dommages se réalisent durant la période d'assurance et que le sinistre soit aussi déclaré à l'assureur à l'intérieur de ce même délai.¹⁶⁸

La police basée «sur la datation des réclamations», telle que définie par Rémi Moreau, ainsi qu'un bon nombre de polices d'assurance basées sur les réclamations sont dites «hybrides» parce qu'elles intègrent la notion d'évène-

-
165. La police d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec est basée sur la notion de réclamation présentée et déclarée. Cela signifie qu'en principe, la garantie s'applique aux réclamations que les victimes présentent à l'assuré pendant la période d'assurance, moyennement la déclaration de ces mêmes réclamations à l'assureur pendant la durée du contrat ou de toute prolongation de celui-ci. Voir art. 2.01, 3.01 de la police en vigueur pour la période du 1^{er} janvier 1996 au 1^{er} janvier 1997; R. Langlois, «Le Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec» (1991) 4 Assurances 569.
166. L'arrêt *Reid Crowther Ltd.*, *supra* note 162 présente une analyse des différents types de polices basées sur les réclamations.
167. R. Moreau, *supra* note 160 aux pp. 562-563. L'assurance de responsabilité des particuliers favorise encore l'utilisation de la notion d'événement.
168. R. Moreau, *supra* note 114 à la p. 449.

ment¹⁶⁹ dans la mise en oeuvre de l'obligation de garantie de l'assureur. En effet, l'utilisation de ce genre de police est répandue dans les domaines de l'assurance de responsabilité commerciale et professionnelle, d'où l'intérêt d'examiner les conditions particulières au déclenchement de la garantie des polices hybrides.

b) Le déclenchement de la garantie des polices hybrides

Le point de départ de la garantie des polices hybrides se distingue de celui des polices à base d'événement et des polices exclusivement basées sur les réclamations en raison de la juxtaposition de la notion d'événement à celle de réclamation. Le déclenchement de la couverture exige la réalisation de deux conditions. L'une d'elles se rapporte à la survenance du sinistre qui se référera au fait dommageable, et l'autre à la date à laquelle est logée la réclamation contre l'assureur.

i) La survenance du sinistre

En principe, en présence d'un contrat à base de réclamation, l'assureur est tenu d'exécuter sa garantie si la réclamation lui est présentée pendant la durée du contrat.¹⁷⁰ Cependant, lorsque le contrat est hybride, une condition supplémentaire est habituellement exigée par l'assureur. Cette condition se rapporte à la survenance du sinistre (fait dommageable) et comprend deux éléments essentiels.¹⁷¹ D'abord, le sinistre doit survenir pendant que le contrat est en vigueur. Ensuite, le sinistre, ou la possibilité qu'un sinistre se soit réalisé, doit être déclaré à l'assureur pendant la période d'assurance.

La Cour suprême a d'ailleurs fait ressortir les éléments qui permettent de qualifier un contrat d'«hybride» lorsqu'elle a procédé à l'analyse détaillée d'une police d'assurance couvrant le risque professionnel d'une compagnie d'ingénierie.

169. *Ibid.* aux pp. 446, 449; T. R. M. Davis, *supra* note 156 aux pp. 83-84.

170. *Reid Crowther Ltd.*, *supra* note 162 aux pp. 260-261 et 267, Mme la juge McLachlin. Voir T. A. Konopka, «The Advantage of Claims-Made Forms For Insurance Buyers» (1992) 4 *Assurances* 479 à la p. 481; G. Hilliker, *supra* note 129 à la p. 135.

171. R. Moreau, *supra* note 114 à la p. 449.

En effet, dans l'arrêt *Reid Crowther Ltd.*,¹⁷² la Cour suprême a qualifié le contrat d'«hybride» vu l'importance qui était accordée à l'acte négligent.

Selon le contrat d'assurance de *Reid Crowther Ltd.*, l'assureur limitait l'application de sa garantie seulement aux réclamations présentées à l'assuré pendant la période d'assurance. Tel que l'observe la Cour suprême, la police de *Reid Crowther Ltd.* semble donc, à première vue, être une police exclusivement basée sur les réclamations.¹⁷³ Cependant, des limitations supplémentaires transforment le contrat en un contrat hybride.

En effet, une obligation s'ajoutait à celle de déclarer la réclamation à l'assureur au cours du contrat. L'assuré devait aussi aviser l'assureur de ses présumés actes négligents, erreurs ou omissions, aussitôt qu'il avait reçu des renseignements à ce sujet. La Cour note que le libellé des clauses relatives à l'«Avis de réclamation ou de poursuite» accorde une importance aux faits donnant lieu à la réclamation, ce qui suppose que les erreurs, omissions ou actes négligents puissent être associés à la réclamation qui déclenche de la couverture d'assurance.¹⁷⁴ De plus, le contrat excluait les réclamations découlant d'actes antérieurs à la période de validité du contrat, ce qui avait pour conséquence de procurer à l'assureur les avantages liés à une police à base d'événement. La Cour suprême a donc qualifié le contrat d'«hybride» étant donné l'importance accordée aux erreurs, omissions ou actes négligents du professionnel.

Nombreux sont les contrats à base de réclamation qui exigent que le fait dommageable survienne au cours de celui-ci afin que la couverture puisse s'appliquer. Ainsi, la survenance du fait dommageable contribue à déclencher la garantie, en autant que la réclamation soit logée contre l'assureur pendant que le contrat est en vigueur.¹⁷⁵ Ces contrats devraient recevoir la qualification d'«hybride» en raison de l'importance accordée au moment où surviennent les

172. *Reid Crowther Ltd. supra* note 162 à la p. 252.

173. *Ibid.* aux pp. 267-268, Mme la juge McLachlin.

174. *Ibid.*

175. «The claims-made form respond to claims made during the policy period (and applicable Extended Reporting Period) for bodily injury or property damage which occurs after the Retroactive Date and before the expiry of the policy period.» T. R.M. Davis, *supra* note 156 à la p. 80. Voir R. Moreau, *supra* note 114 à la p. 449.

dommages. L'affaire *Reid Crowther Ltd.* nous permet de constater que même en assurance de responsabilité professionnelle,¹⁷⁶ où le concept d'événement est ordinairement absent de la définition du sinistre, le contrat d'assurance peut donc accorder une importance particulière à la notion d'événement.

ii) La déclaration de la réclamation à l'assureur

L'utilisation du concept de réclamation modifie le rôle du sinistre dans le déclenchement de la couverture d'assurance. En effet, le sinistre ne suffit plus à déclencher la garantie d'assurance. Il est essentiel que l'auteur du préjudice déclare à l'assureur, au cours de la période d'assurance, qu'une victime lui a présenté une réclamation ou qu'une victime est susceptible de lui en présenter une. Cette condition n'est pas particulière aux polices hybrides parce qu'en général l'ensemble des contrats à base de réclamation exige que la réclamation soit déclarée à l'assureur alors que le contrat est en vigueur.¹⁷⁷

Mais quelle est la nature de la réclamation devant être déclarée à l'assureur? S'agit-il de la simple manifestation du mécontentement d'une victime ou d'une mise en demeure officielle dénonçant la responsabilité de l'assuré? La Cour suprême du Canada s'est interrogée sur le sens d'une réclamation.

En l'absence d'une définition de la «réclamation» dans le contrat (ou encore si la définition est ambiguë), la Cour suprême déduit de l'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine que «(...) le tiers doit d'une façon quelconque communiquer à l'assuré l'existence d'une demande d'indemnisation ou d'un autre type de réparation ou encore, il doit tout au moins lui communiquer qu'il a clairement l'intention de tenir l'assuré responsable des dommages en question».¹⁷⁸ Incidemment, cette affirmation de la Cour suprême du Canada va dans le même

176. Puisque la poursuite de la victime est intentée souvent plusieurs années après la commission de l'acte négligent, le contrat d'assurance basé sur l'événement n'avantagerait pas l'assuré du point de vue de la couverture. C. Tellier, «Le contrat d'assurance-responsabilité professionnelle» dans *La responsabilité professionnelle et l'assurance-responsabilité*, C.F.P.B.Q., 1976-1977, 134 à la p. 135. Voir R. Moreau, *supra* note 114 aux pp. 441-443.

177. T. R.M. Davis, *supra* note 156 à la p. 85; R. Moreau, *supra* note 114 à la p. 449.

178. *Reid Crowther Ltd.*, *supra* note 162 à la p. 273, Mme la juge McLachlin.

sens que la théorie de droit français selon laquelle la réclamation de la victime ne constitue que la révélation du dommage.¹⁷⁹

Lorsque les assureurs exigent que la réclamation soit déclarée à l'assureur au cours de la période d'assurance, cela fait en sorte que le jour marquant le déclenchement de la couverture ne correspond plus au jour du sinistre.¹⁸⁰ Ainsi, dans une police hybride, le sinistre se réalisera par la naissance de la dette de responsabilité de l'assuré, mais le déclenchement de la couverture sera retardé jusqu'au jour où l'assuré déclare la réclamation de la victime à son assureur. Nous croyons important d'ajouter que le déclenchement de la garantie d'une police dont le sinistre se réfère à la réclamation de la victime (plutôt qu'au fait dommageable) sera également retardé jusqu'au jour où la réclamation est déclarée à l'assureur.

Selon la professeure Lambert-Faivre, cette particularité des contrats basés sur les réclamations remet en question le principe «(...) *d'adéquation de la durée de la garantie à la durée de la responsabilité*».¹⁸¹ L'«inadéquation» que créent les contrats à base de réclamation entre le jour du sinistre et celui du déclenchement de la garantie d'assurance cause des problèmes de couverture qui limitent grandement la protection de l'assuré et peuvent diminuer les droits des tiers lésés. La Cour suprême du Canada a-t-elle dénoncé les problèmes de couverture particuliers aux contrats d'assurance qui comportent des clauses limitatives de garantie basées sur les réclamations des victimes.

c) L'arrêt *Reid Crowther Ltd.* : les considérations de la Cour suprême du Canada concernant les contrats à base de réclamation

Avec l'introduction de la notion de réclamation dans les polices d'assurance de responsabilité, les assureurs ont conçu différentes clauses limitatives de garantie qui fixent le point de départ de la garantie après la réalisation du fait qui est à l'origine du dommage. Ces clauses d'exclusion, qui

179. *Supra* notes 142-143.

180. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 142 aux pp. 13-14.

181. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 413, n° 642.

ont fait leur apparition dans le marché de l'assurance au milieu des années quatre-vingt, comportent des dangers pour les assurés et les tiers lésés.

i) La création de trous de garantie

Dans un contrat à base de réclamation, la naissance de la dette de responsabilité de l'assuré peut précéder le jour marquant le point de départ de la garantie d'assurance. On se rappellera que la garantie ne sera effective que si le sinistre (fait dommageable ou réclamation de la victime selon la définition retenue) survient au cours de la période d'assurance et si l'assuré avise l'assureur de la réclamation de la victime pendant ce même délai. Seul l'accomplissement de ces deux conditions peut mettre en oeuvre l'obligation de garantie de l'assureur.

Par conséquent, l'assuré peut être privé du bénéfice de la garantie en l'absence de la réalisation de l'une ou l'autre des conditions relatives à la survenance du sinistre et à la déclaration de la réclamation de la victime au cours de la période d'assurance et ce malgré l'existence de la dette de responsabilité de l'assuré. Par exemple, si les dommages surviennent pendant que le contrat est en vigueur et que l'assuré présente une réclamation à son assureur après l'expiration du contrat, la couverture ne sera pas mise en jeu. Si l'assuré a renouvelé son contrat et que la réclamation est logée contre l'assureur durant la période d'assurance ayant fait l'objet du renouvellement, la responsabilité de l'assuré ne sera pas davantage couverte parce que le sinistre est antérieur à la nouvelle période d'assurance et que l'assuré aura eu connaissance du sinistre. Selon cette hypothèse, il y aura création de trous de garantie.

Les trous de garantie affectent également les droits des tiers lésés puisque l'action directe s'exerce en fonction du contrat d'assurance. En effet, comment le tiers lésé peut-il faire valoir sa créance de réparation directe si l'obligation de garantie de l'assureur ne peut pas être mise en oeuvre durant la période d'assurance? Le tiers lésé ne possède donc aucun intérêt juridique à poursuivre directement l'assureur de l'auteur du préjudice s'il s'avère que des trous de garantie privent l'assuré du bénéfice de la couverture d'assurance.

Dans l'arrêt *Reid Crowther Ltd.*, la Cour suprême du Canada a analysé le phénomène des trous de garantie inhérents aux contrats à base de

réclamation.¹⁸² La Cour a dénoncé les dangers que comportent de tels contrats pour les droits des assurés. Selon l'expression de la Cour suprême, les assurés couverts par ce genre de police «(...) *se retrouvent assis entre deux chaises* (...)».¹⁸³ D'un côté, ils ne peuvent être couverts lorsque la victime leur communique une réclamation après l'expiration du contrat. De l'autre côté, même si les assurés ont renouvelé de façon successive leur assurance, ils sont privés du bénéfice de la garantie pour laquelle ils se sont assurés en raison de leur connaissance de l'acte négligent à l'origine de la réclamation.

En somme, le phénomène des trous de garantie résulte du fait que le jour marquant la naissance de la dette de responsabilité de l'assuré n'a plus pour effet de déclencher la garantie d'assurance. Ainsi, l'assuré pourra être privé du bénéfice de l'assurance malgré l'existence de sa dette de responsabilité. Dans de telles situations, l'assuré devra donc assumer les conséquences de sa responsabilité civile même s'il croit être couvert par le contrat d'assurance. Il importe donc d'examiner davantage les conséquences des trous de garantie.

ii) Les effets des trous de garantie sur la couverture d'assurance

En principe, l'assuré s'attend à ce que sa police d'assurance le couvre dès la réalisation du risque pour lequel il s'est assuré, sous réserve de l'application des exclusions apparaissant clairement dans la police. Or, l'utilisation des contrats à base de réclamation peut s'effectuer au détriment de la *théorie des attentes raisonnables de l'assuré*. Selon l'arrêt *Reid Crowther Ltd.*, il peut arriver que l'assuré ignore qu'il aura à supporter une part des risques découlant de sa responsabilité civile lorsqu'il achète une police d'assurance à base de réclamation. En effet, «(...) *la plupart des assurés achètent une assurance de responsabilité en tenant pour acquis qu'ils sont assurés contre tous les types de responsabilité, sans se rendre compte qu'il peut exister des trous de garantie dans leur assurance*».¹⁸⁴

Le professeur Bergeron observe que très souvent l'assuré associe l'événement à la réclamation et s'attend rarement à ce que la faute ou le dommage

182. *Reid Crowther Ltd.*, *supra* note 162 à la p. 272, Mme la juge McLachlin.

183. *Ibid.*

184. *Ibid.* à la p. 267, Mme la juge McLachlin.

doivent aussi se produire durant le contrat. Ainsi, l'assuré peut croire qu'il est couvert dès qu'une réclamation est portée à sa connaissance au cours de la période d'assurance, sans même savoir que son contrat exclut les réclamations découlant de l'acte négligent survenu avant l'entrée en vigueur du contrat.¹⁸⁵

De façon générale, les polices à base de réclamation restreignent grandement la période de couverture en plaçant sur les épaules de l'assuré, souvent à son insu, une part des risques visés au contrat. Certes, la prime est fixée en fonction de ce désavantage, mais encore faut-il que l'assuré soit conscient de l'existence de trous de garantie au moment de la signature du contrat. Dans sa décision *Reid Crowther Ltd.*, la Cour suprême du Canada a d'ailleurs précisé le devoir d'information de l'assureur lorsqu'un assuré souscrit à une police à base de réclamation.

iii) Les conditions de validité des polices à base de réclamation vis-à-vis l'assuré

Dans l'hypothèse où les assurés sont conscients qu'ils achètent un contrat par lequel l'assureur ne garantit que les réclamations qui surviennent au cours de la période d'assurance, la Cour suprême affirme dans l'arrêt *Reid Crowther Ltd.* que la question de l'équité et des attentes raisonnables des parties ne se pose pas. Toutefois, la Cour considère qu'il faut interpréter les polices basées sur les réclamations avec prudence «(...) afin de déterminer si, globalement, elles placent clairement sur les épaules de l'assuré le risque de la responsabilité à long terme».¹⁸⁶ D'un point de vue plus particulier, la Cour suprême recommande aux tribunaux de ne pas interpréter les contrats à base de réclamation de manière à exclure les réclamations présentées à l'assureur pour un vice de forme.¹⁸⁷

En analysant les polices à base de réclamation, la juge McLachlin indique clairement qu'un assureur a l'obligation d'informer l'assuré des trous de garantie éventuels. Selon elle, on «(...) doit présumer que les parties ont l'intention soit de fournir, soit d'obtenir, sur une base continue, une garantie relativement à

185. J.-G. Bergeron, *supra* note 117 à la p. 283

186. *Reid Crowther Ltd.*, *supra* note 162 à la p. 267, Mme la juge McLachlin.

187. *Ibid.*

*toutes les réclamations légitimes, que ce soit par le renouvellement d'une police avec le même assureur ou la conclusion d'un nouveau contrat d'assurance avec un assureur différent».*¹⁸⁸

Du moment que des trous de garantie existent, la Cour suprême déclare que l'assuré ne doit pas être privé du bénéfice de la garantie si son assureur ne l'a pas informé des problèmes de couverture propres aux contrats basés sur les réclamations. Nous croyons important de noter que le professeur Bergeron considère aussi que l'assureur doit clairement indiquer les limites de la garantie et préciser à l'assuré si l'événement qui donne lieu à la réclamation peut lui être antérieur.¹⁸⁹

Malgré la présence de trous de garantie dans un contrat basé sur les réclamations, la Cour suprême du Canada précise que c'est en analysant minutieusement chacune des clauses que l'on arrivera à déterminer si le contrat prive injustement l'assuré du bénéfice de la couverture.¹⁹⁰ Afin de minimiser les désavantages des polices basées sur les réclamations, les assureurs proposent l'ajout de deux types de clauses d'assurance.

d) Les clauses destinées à pallier les trous de garantie

Conscients des désavantages que procure l'achat d'une police basée sur les réclamations, les assureurs ont mis sur le marché deux types de clauses servant à minimiser les trous de garantie autrement incontournables pour l'assuré. Il s'agit respectivement de la clause de «reprise du passé» et de la clause de «garantie subséquente».

188. *Ibid.*

189. L'opinion du professeur Bergeron est antérieure à la consécration du régime de protection des droits des tiers lésés en 1994. J.-G. Bergeron, *supra* note 117 à la p. 283.

190. *Reid Crowther Ltd.*, *supra* note 162 aux pp. 269-271, Mme la juge McLachlin.

i) La «reprise du passé inconnu»

La «reprise du passé» consiste à étendre la garantie d'assurance dans le temps. Normalement, la couverture des polices à base de réclamation s'applique aux sinistres (la réclamation de la victime ou le fait dommageable selon les termes du contrat) qui surviennent pendant que le contrat est en vigueur. L'objectif de la clause de reprise du passé est de permettre à l'assuré d'obtenir une garantie pour les sinistres qui lui sont inconnus et dont la survenance remonte avant la période de validité du contrat.

En d'autres mots, la reprise du passé inconnu consiste à créer une période de rétroactivité qui étend la couverture à des sinistres qui sont exclus de la garantie d'assurance. La protection qu'offre une telle clause se limite généralement à une durée de six mois ou d'un an précédant l'entrée en vigueur du contrat. La période de rétroactivité aura donc pour effet de «valider» les sinistres antérieurs à la prise d'effet d'un contrat.

Prenons l'exemple d'un professionnel couvert par une police hybride. Lorsque ce professionnel assure sa responsabilité pour une année de référence donnée, à supposer que la période débute le 1^{er} janvier 1996 et se termine le 31 décembre 1996, en principe, seuls les sinistres survenus pendant cette période sont couverts par l'assureur. Au moment du renouvellement du contrat pour la période s'étendant du 1^{er} janvier 1997 au 31 décembre 1997, les parties pourront convenir de fixer une date de rétroactivité, supposons le 1^{er} janvier 1996. Ainsi, les sinistres survenus depuis le 1^{er} janvier 1996 pourront être couverts par la nouvelle police d'assurance débutant le 1^{er} janvier 1997, pour autant qu'ils soient inconnus de l'assuré.

Malgré les avantages que procure la clause de reprise du passé à un assuré, la protection offerte par ce genre de clause demeure relative. Cela s'explique par le fait que les contrats d'assurance proposés par le Bureau d'assurance du Canada (B.A.C.) comprennent ordinairement une clause qui permet à l'assureur de modifier la date de rétroactivité.

Ainsi, dans le cas où un assuré souscrit à une **première** police d'assurance comportant une reprise du passé, Thomas R.M. Davis observe que l'assuré canadien demeure à la merci de l'assureur qui se réserve fréquemment la faculté

de modifier la date de rétroactivité. Lors du renouvellement de la première police, l'assureur pourrait avancer la date de reprise du passé de manière à la faire correspondre au jour marquant l'entrée en vigueur du contrat renouvelé.¹⁹¹ Cela aurait donc pour effet d'annuler la période de rétroactivité projetée. Cependant, à l'occasion des **renouvellements ultérieurs**, le pouvoir de l'assureur de modifier la date de reprise du passé est limité à des situations particulières. L'assureur ne pourra avancer la date de rétroactivité que «(...) *dans les cas de changement d'assureur, d'aggravation du risque, de défaut de l'assuré de fournir les informations voulues ou dans d'autres cas, suite à un accord entre l'assureur et l'assuré*». ¹⁹²

À la différence de l'assureur canadien, l'assureur américain ne peut avancer la date de rétroactivité d'une première police que dans les cas énumérés dans les contrats standard proposés par le *Insurance Services Office*, le pendant américain du B.A.C. Ainsi, moyennant que l'assuré y consente et à moins d'un changement d'assureur, d'une aggravation de risque ou d'une déclaration incomplète, fausse ou mensongère de l'assuré, l'assureur américain ne pourra pas modifier la date de rétroactivité d'une première police.¹⁹³

En somme, la protection que procure une clause de reprise du passé inconnu aux assurés canadiens demeure fragile. Outre les possibilités pour un assureur d'avancer la date de rétroactivité, il peut parfois être difficile pour l'assuré de justifier sa bonne foi, advenant une enquête de l'assureur sur la «connaissance» du sinistre. La professeure Lambert-Faivre précise à ce sujet que la bonne foi de l'assuré pourrait être attaquée par l'assureur seulement si ce dernier découvre que l'assuré avait des indices, ou que l'assuré entretenait des rumeurs ou des inquiétudes quant à des dommages pouvant découler d'un fait antérieur à l'entrée en vigueur du contrat.¹⁹⁴

Le caractère incertain de la protection d'une clause de reprise du passé entraîne des incidences sur le recours direct du tiers lésé. En effet, il se peut que le tiers lésé ne puisse pas toucher le montant de l'indemnité auquel il a droit parce

191. T. R. M. Davis, *supra* note 156 aux pp. 85-86.

192. R. Moreau, *supra* note 114 à la p. 450.

193. T. R. M. Davis, *supra* note 156 à la p. 86.

194. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 142 à la p. 16.

que la clause de reprise du passé n'élimine pas complètement les trous de garantie. Nous constaterons que la clause de garantie subséquente ne sécurise pas davantage le tiers lésé qui entend exercer l'action directe contre l'assureur de l'auteur du préjudice.

ii) La «garantie subséquente»

L'assuré qui bénéficie d'une «garantie subséquente» se voit accorder un délai supplémentaire pour déclarer les sinistres à l'assureur après l'expiration du contrat. La garantie subséquente permet donc de modifier la condition du contrat selon laquelle les sinistres doivent être déclarés à l'assureur depuis la date de rétroactivité, s'il y a lieu, jusqu'à l'expiration de la police d'assurance.¹⁹⁵

La clause de garantie subséquente se distingue de la clause de reprise du passé en ce qu'elle se rapporte à la **déclaration** du sinistre faite à l'assureur plutôt qu'à la survenance du sinistre. Même en présence d'une garantie subséquente, les réclamations faites à l'assureur après l'expiration du contrat doivent donc se rapporter à des sinistres survenus pendant que le contrat est en vigueur (incluant la période de rétroactivité).¹⁹⁶

Il existe trois types de garanties subséquentes définies en fonction de leur durée respective. Les plus courtes durent soixante jours et les plus longues peuvent durer cinq ans. Certaines périodes de prolongation possèdent une durée illimitée.¹⁹⁷ Contrairement à la clause de reprise du passé inconnu qui peut être modifiée par l'assureur aux termes des contrats proposés par le B.A.C.,¹⁹⁸ seul le non-paiement de la prime permet à l'assureur de priver l'assuré de la garantie subséquente.

Afin d'illustrer l'effet d'une garantie subséquente, reprenons l'exemple du professionnel dont la responsabilité est couverte pour la période du 1^{er} janvier 1996 au 31 décembre 1996. Supposons que l'assuré bénéficie d'une garantie subséquente d'une durée de soixante jours qui entrera en vigueur à la fin du

195. R. Moreau, *supra* note 114 aux pp. 450-451.

196. T. R. M. Davis, *supra* note 156 à la p. 86.

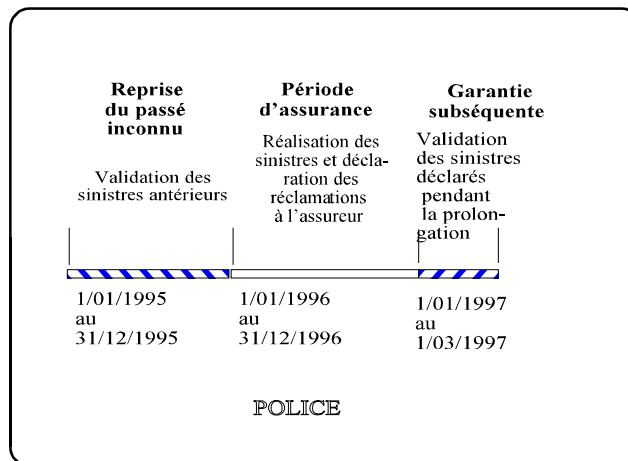
197. R. Moreau, *supra* note 114 aux pp. 450-451.

198. *Supra* notes 192-193.

contrat. Après l'expiration du contrat, soit dès le 1^{er} janvier 1997, la clause de garantie subséquente permettra à l'assuré de déclarer les sinistres à l'assureur pendant soixante jours additionnels. Cependant, seuls les sinistres survenus pendant la période d'assurance qui débute le 1^{er} janvier 1996 et se termine le 31 décembre 1996 pourront donner lieu à une réclamation couverte par l'assureur. Advenant que l'assuré bénéficie d'une reprise du passé inconnu combinée à une garantie subséquente, les sinistres survenus pendant la reprise du passé et qui sont déclarés durant la période de garantie subséquente seront également couverts.¹⁹⁹

Rémi Moreau est d'avis que la «(...) combinaison d'une police fondée sur la date des réclamations et d'un avenant de garantie subséquente d'une durée illimitée permet une couverture d'assurance similaire à celle que procure une police à base d'événement (...)».²⁰⁰ Il est certain que l'ajout d'une garantie subséquente illimitée avantage l'assuré.²⁰¹ Cependant, l'assuré doit comprendre qu'en principe, la période de garantie subséquente ne s'applique qu'aux

199. La figure suivante illustre les effets que créent la reprise du passé et la garantie subséquente sur l'étendue de la couverture d'une police à base de réclamation :



200. R. Moreau, *supra* note 114 à la p. 451.

201. Thomas R. M. Davis rapporte qu'une prime supplémentaire peut s'élever à 200% du coût de la prime de base afin que l'assuré puisse bénéficier d'une telle garantie. T. R. M. Davis, *supra* note 156 à la p. 86.

réclamations déclarées à l'assureur et qui se réfèrent à un sinistre survenu pendant que le contrat est en vigueur.²⁰²

À cet égard, la clause de prolongation²⁰³ de la police d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec se distingue des clauses de garantie subséquente selon lesquelles la période de garantie additionnelle débute après l'expiration de la police, limitant ainsi la couverture aux seules réclamations rattachées à un sinistre survenu pendant que le contrat est en vigueur. Mme Chantale Thouin, avocate au Fonds d'assurance de responsabilité du Barreau du Québec, nous expliquait, lors d'un entretien téléphonique, que la clause de prolongation a pour effet de repousser la date d'expiration de la police de façon illimitée dans le temps. Ainsi, la réclamation déclarée à l'assureur pendant la période de prolongation se trouve à être déclarée pendant la période d'assurance. Cependant, la clause de prolongation du Barreau du Québec peut présenter des trous de garantie relativement aux services professionnels rendus avant la «période d'assurance»,²⁰⁴ soit avant l'entrée en vigueur du régime d'assurance de responsabilité professionnelle obligatoire en mai 1988.

202. G. Hilliker résume le contenu d'une garantie subséquente illimitée, tel que le Bureau d'assurance du Canada la présente dans les polices CGL : «(c) *Unlimited Tail* : For an additional premium, coverage may be purchased with respect to any claims which may result in the future from occurrences which took place during the policy period. In short, this endorsement converts the claims-made policy into an occurrence policy. The extendend reporting period endorsement may be purchased generally or for specific accidents, products, or locations.» G. Hilliker, *supra* note 129 à la p. 136.

203. La clause 3.12 de la police d'assurance-responsabilité professionnelle du Barreau du Québec pour la période 1996-1997 se lit ainsi : «*Si l'Assuré désigné vient à mourir, est radié ou cesse de façon définitive ou pour une période limitée d'exercer sa profession ou poursuit l'exercice de sa profession tout en bénéficiant d'une exemption de souscrire au Fonds d'assurance, la garantie restera en vigueur indéfiniment et sans coût additionnel pour l'Assuré tant que le Fonds d'assurance existera, mais elle ne s'appliquera qu'aux seuls Services professionnels rendus ou qui auraient dû être rendus durant la Période d'assurance et avant le décès, la radiation, la cessation d'exercice ou le moment de l'exemption.*»

204. Il importe de préciser qu'en présence de renouvellements sans interruption, la «période d'assurance», telle que définie à la clause 1.06 de la police d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec, s'étend à toute période d'assurance antérieure consécutive et ininterrompue auprès de l'assureur. Les services rendus pendant les périodes d'assurances antérieures, consécutives et ininterrompues auprès du Barreau du Québec sont donc couverts par la clause de prolongation.

De façon générale, la clause de reprise du passé et la clause de garantie subséquente ont pour effet de diminuer les trous de garantie autrement inévitables dans une police à base de réclamation. Néanmoins, l'assuré qui souscrit à ce genre de police doit être conscient que la reprise du passé et la garantie subséquente ne procurent qu'une protection relative parce que de telles clauses n'éliminent pas entièrement les trous de garantie.

La possibilité d'être privé ou non du bénéfice de la garantie au cours d'un contrat désavantage aussi le tiers lésé. L'action directe devient un recours incertain et fragile s'il s'avère que le contrat comporte des trous de garantie. Le tiers lésé devra donc agir avec circonspection s'il entend poursuivre directement un assureur lié par un contrat basé sur les réclamations.

Par exemple, si l'assureur modifie la date de rétroactivité (reprise du passé inconnu) à l'occasion du renouvellement du contrat ou si l'expiration de la période de garantie subséquente est de trop courte durée, le tiers lésé peut détenir une créance de responsabilité qui n'est pas encore prescrite. Cependant, il sera empêché de faire valoir sa créance directe auprès de l'assureur en raison de l'expiration de la période d'assurance. Cela nous conduit à nous interroger sur la validité des clauses liant la garantie à la réclamation de la victime en fonction du caractère impératif de l'action directe du tiers lésé.

§2. Le caractère prépondérant de l'action directe du tiers lésé sur les clauses à base de réclamation

La consécration de l'action directe du tiers lésé en un droit substantiel, lequel droit est protégé par un régime de protection d'ordre public en assurance de responsabilité, implique une remise en question des clauses d'assurance qui peuvent diminuer les droits des tiers lésés. On se rappellera que, dans les contrats à base de réclamation, le jour du sinistre n'a pas pour effet de déclencher la garantie d'assurance, ce qui engendre des trous de garantie pouvant préjudicier l'assuré. Nous verrons que les problèmes de couverture particuliers aux polices à base de réclamation sont aussi défavorables pour les tiers lésés. Il n'est pas certain que les clauses d'assurance basées sur le concept de réclamation soient valides depuis l'affirmation de l'action directe du tiers lésé en assurance de responsabilité.

A. La protection de l'action directe en réparation du tiers lésé

Le droit direct du tiers lésé n'est plus un droit d'exception. Le *Code civil du Québec* reconnaît que l'action en responsabilité civile de la victime et l'action directe du tiers lésé constituent deux recours autonomes et distincts l'un de l'autre.

a) La consécration du droit direct

Même si le *Code civil du Québec* reconnaît que le tiers lésé possède un droit direct fondé sur le droit à réparation de son préjudice, le droit direct est doté d'un caractère exorbitant. En effet, le droit direct autorise, en quelque sorte, le tiers lésé à exiger de l'assureur l'exécution d'une obligation contractuelle conclue avec une autre personne, soit l'assuré. Avant 1994, cette particularité de l'action directe en faisait une exception au principe de la relativité des conventions.

Cependant, depuis l'affirmation du caractère substantiel de l'action directe, le droit du tiers lésé constitue désormais une règle de droit générale. L'action directe du tiers lésé ne doit donc plus être interprétée de façon limitative comme s'il s'agissait d'un droit d'exception. Le respect du droit direct du tiers lésé est d'ailleurs assuré par le caractère d'ordre public du régime de protection des droits des tiers lésés en assurance de responsabilité.

Le droit du tiers lésé ne constitue plus un aspect du droit de l'assuré,²⁰⁵ malgré le fait que l'exercice de l'action directe du tiers lésé dépend de l'existence du contrat d'assurance. À ce propos, nous trouvons intéressant de remarquer que le libellé de l'article 2501 *C.c.Q.*,²⁰⁶ qui consacre le droit direct du tiers lésé, est le même que celui de l'ancien article 2603 *C.c.B.-C.*, alors que la jurisprudence

205. Les auteurs A. Létourneau, A.T. Hewitt, P.-A. Melançon, F.C. Meagher et B. Faribault étaient d'avis que l'article 2603 ne créait aucun droit. Selon eux, le législateur ne faisait que transférer, au profit de la victime, le droit de poursuivre l'assureur au lieu et place de l'assuré. Cet extrait tiré d'un article d' A.T. Hewitt, exprime bien leur pensée : «*The question which may be asked is : did the authors of Article 2603 intend more than the natural meaning of the words? If the answer is no, then does the article do more than enable the victim to name the insurer in place of the insured as a party to the action and pursue the same right of action against the insurer? No right is abrogated and no new cause of action is created; an existing right is transferred.*» A.T. Hewitt, *supra* note 49 à la p. 67.

206. *Supra* note 73.

de la Cour d'appel refusait d'attribuer à l'action directe tous les attributs d'un droit substantiel.²⁰⁷ L'affirmation du caractère substantiel du droit direct procure donc au tiers lésé un recours additionnel lui permettant d'être indemnisé par l'assureur de responsabilité de l'auteur du préjudice.

b) L'autonomie du droit direct

Lorsque l'auteur d'un préjudice a assuré les conséquences de sa responsabilité civile, la victime dispose d'un droit à réparation direct contre l'assureur de ce même auteur. La relation «victime-responsable» prend ainsi une configuration triangulaire en matière d'assurance de responsabilité.²⁰⁸ La présence d'un contrat d'assurance n'annihile pas pour autant la relation de «débiteur-créancier» qui existe entre le responsable et la victime.²⁰⁹

La victime pourra toujours choisir de réclamer sa créance de responsabilité contre le responsable. En effet, le tiers lésé peut exercer son recours direct de manière à canaliser le montant de l'assurance dans son patrimoine sans perdre le droit de faire valoir sa créance de responsabilité contre l'auteur du préjudice.²¹⁰

La possibilité de cumuler l'action en responsabilité avec l'action directe et l'absence de renonciation conséquente au choix d'exercer une action plutôt que l'autre exprime bien l'intention du législateur de donner au recours direct une existence juridique propre et autonome.²¹¹ Si la prohibition du cumul prévalait encore, cela signifierait que la victime ne ferait valoir qu'un seul droit, soit le droit de l'assuré, lorsqu'elle poursuit directement l'assureur.²¹²

207. *Mutuelle des Bois-Francis*, *supra* note 14 aux pp. 475, 476, M. le juge Mayrand; *Aetna*, *supra* note 49 à la p. 1802, M. le juge Brossard.

208. «C'est cet objet particulier qui donne à l'assurance de responsabilité sa physionomie spéciale, car elle implique nécessairement l'existence, en dehors de l'assureur et de l'assuré, d'une troisième personne, à savoir la victime créancière de l'assuré responsable.» M. Picard et A. Besson, *supra* note 130 à la p. 520, n° 351.

209. *Supra* note 100.

210. *Supra* pp. 24-25.

211. Voir J.-G. Bergeron, *supra* note 52 à la p. 397

212. Dans l'affaire *Mutuelle des Bois-Francis*, la Cour d'appel s'est limitée à une analyse grammaticale du mot «ou» pour fonder le rejet du cumul, sans toutefois préciser ce en quoi la possibilité de cumuler le recours direct avec l'action en responsabilité contreviendrait à

Depuis 1994, le droit direct du tiers lésé est un droit autonome qui se détache de la créance de responsabilité de la victime, une fois que les conditions de la responsabilité civile sont réunies et après que le risque prévu au contrat d'assurance s'est réalisé.²¹³ De plus, le droit direct du tiers lésé est protégé par un régime de protection d'ordre public, ce qui suppose que les droits des victimes ne peuvent être diminués. Sur la base de ces principes, nous remettons en cause l'utilisation des clauses basées sur les réclamations.

B. La critique des clauses à base de réclamation

L'exercice de l'action directe du tiers lésé nécessite l'application du contrat d'assurance de l'auteur du préjudice. Or, les clauses d'assurance à base de réclamation limitent l'étendue de la garantie d'assurance dans le temps, ce qui entraîne des effets sur les délais pendant lesquels l'action directe du tiers lésé peut être exercée.

a) La perte du bénéfice de la prescription

Précédemment, on a établi qu'en présence d'un contrat à base de réclamation, la couverture est déclenchée par la réclamation logée contre l'assureur au cours du contrat. On a aussi observé que les clauses à base de réclamation peuvent priver l'assuré du bénéfice de la garantie (trous de garantie) malgré le fait que la dette de responsabilité de ce même assuré soit née au cours du contrat et que la police soit renouvelée avec l'assureur.²¹⁴ Il s'ensuit que le tiers lésé perd tout intérêt juridique à faire valoir son recours direct contre l'assureur de l'auteur du préjudice si la couverture ne peut être mise en jeu en raison de trous de garantie.

Le tiers lésé perd également tout intérêt à exercer son action directe contre l'assureur de l'auteur du préjudice après l'expiration du contrat d'assurance qui dure généralement un an. Or, la créance de réparation directe du tiers lésé se prescrit selon un délai de trois ans ou de dix ans, selon la nature du droit

la procédure. *Mutuelle des Bois-Francs*, *supra* note 14 aux pp. 475 et 477, M. le juge Mayrand.

213. *Supra* note 92.

214. Voir sous-section 1, B. c) du présent chapitre.

revendiqué par la victime.²¹⁵ Les clauses limitant la garantie de l'assureur à la réclamation soumettent donc indirectement les tiers lésés à la durée de la période d'assurance.

La période d'assurance devient en quelque sorte le «délai de prescription» que le tiers lésé doit respecter s'il entend faire valoir sa créance de réparation directe. Le déclenchement particulier de la garantie des polices d'assurance à base de réclamation a donc pour conséquence de dissocier «(...) *la durée d'une responsabilité qui se prolonge jusqu'à la prescription de l'action de la victime, de la garantie d'assurance qui cesse à la résiliation du contrat*».²¹⁶

L'ajout d'une clause de garantie subséquente ne diminue pas vraiment le problème de dissociation entre la durée de la responsabilité civile et la durée de la garantie d'assurance. On se rappellera que la période de garantie subséquente est souvent d'une durée inférieure aux délais de prescription triennale ou décennale prévus au Code civil. Ainsi, même en présence d'une clause de prolongation de garantie, le tiers lésé peut être astreint à des délais de plus courte durée que ceux prévus au Code civil, sans quoi son droit de faire valoir sa créance directe demeurera purement théorique.

La consécration de l'action directe du tiers lésé en assurance de responsabilité doit servir les intérêts des victimes en leur permettant de faire valoir leur droit direct en tout temps depuis la naissance de leur créance de réparation jusqu'à leur extinction. Les clauses d'assurance à base de réclamation se concilient donc difficilement avec la volonté du législateur d'assurer la protection des droits des tiers lésés en assurance de responsabilité. C'est pourquoi nous nous sommes intéressés aux conséquences de la création du régime de protection des droits des tiers lésés sur les clauses à base de réclamation.

b) La dérogation à l'ordre public

Depuis 1994, la finalité de l'assurance de responsabilité se réalise tant par l'indemnisation des victimes que par la sécurité patrimoniale de l'assuré.²¹⁷

215. *Infra* notes 416-418.

216. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 418, n° 646.

217. O. Jobin-Laberge et L. Plamondon, *supra* note 95 à la p. 1161, n° 254.

Par exemple, le droit direct du tiers lésé de toucher en exclusivité le montant de l'assurance, l'inopposabilité des moyens postérieurs au sinistre et le cumul des recours en faveur du tiers lésé constituent des dispositions d'ordre public qui traduisent la volonté du législateur de faire de l'indemnisation des victimes un des objectifs de l'assurance de responsabilité.

Cependant, comme nous le rappelle madame Jobin-Laberge, la portée de l'article 2414 C.c.Q., qui consacre le caractère d'ordre public du droit direct, n'empêche pas l'assureur «(...) d'inclure au contrat des dispositions qui limitent les garanties offertes ou qui circonscrivent les risques assumés par lui ou encore, sur les sujets qui ne sont pas spécifiquement régis par le code».²¹⁸ L'assureur possède donc la liberté de limiter sa garantie, mais nous pensons qu'il doit considérer la durée de la responsabilité civile lorsqu'il détermine la durée de la période de couverture d'une police à base de réclamation, sans quoi les droits des tiers lésés peuvent être diminués.

L'utilisation des clauses liant la garantie d'assurance à la réclamation de la victime nous paraît contestable depuis l'institution du régime de protection des droits des tiers lésés en 1994. Par l'adoption de l'article 2414 C.c.Q.,²¹⁹ l'ensemble des dispositions du chapitre «Des assurances» sont consacrées d'ordre public. Ainsi, le législateur interdit aux parties de déroger par contrat aux règles relatives à la protection des droits des tiers lésés. Par conséquent, les principes énoncés aux articles 2500 à 2502 C.c.Q., qui traitent de l'exercice de l'action directe, constituent plus qu'un minimum accordé aux tiers lésés; ils représentent un absolu immuable. Les règles spécifiques à la protection des droits des tiers lésés doivent donc être respectées, sous peine de nullité.

L'utilisation des clauses basées sur les réclamations est d'autant plus critiquable dans le domaine de l'assurance de responsabilité professionnelle obligatoire. Dans ce cas particulier, l'assurance couvrant la responsabilité professionnelle a notamment comme mission de protéger le public en plus d'assurer la protection de l'assuré. À titre d'illustration, l'assurance de responsabilité professionnelle du Barreau du Québec est une assurance obligatoire qui s'inscrit

218. *Ibid.* aux pp. 1123-1124, n° 103.

219. *Supra* note 78.

dans la mission de l'Office des professions «*de veiller à ce que chaque corporation assure la protection du public*». ²²⁰ Le respect des droits des tiers lésés est donc capital en présence d'une assurance obligatoire.

Somme toute, les clauses d'assurance basées sur le concept de réclamation privent le tiers lésé du bénéfice de la prescription applicable à la responsabilité civile. Nous pensons qu'en raison du régime de protection des droits des tiers lésés en assurance de responsabilité, la jurisprudence n'hésitera pas à déclarer de telles clauses d'assurance nulles lorsque les droits des tiers lésés sont diminués. La France a d'ailleurs longuement discuté la légalité des clauses basées sur les réclamations avant d'adopter une position ferme à leur égard. Voyons ce que le droit français nous enseigne à ce sujet.

220. *Code des professions*, L.R.Q. c. C-26, art. 94. Voir art. 1.10, par. 2 de la police d'assurance responsabilité professionnelle obligatoire du Barreau du Québec.

§3. Le caractère impératif des droits des tiers lésés en droit français

En France, le problème découlant de l'interprétation des clauses basées sur les réclamations des victimes n'est pas récent. Picard et Besson évoquaient déjà, en 1943, le problème d'interprétation des clauses limitatives de garantie qui dissociaient la durée de la période de garantie de la durée de la responsabilité civile.²²¹ Après avoir expliqué les difficultés qu'éprouvait la Cour de cassation à interpréter de telles clauses,²²² Picard et Besson souhaitaient que la loi lie la durée de la responsabilité civile à celle de la période de garantie.²²³ En 1978, le législateur a effectivement lié ces durées, mais en matière d'assurance de construction seulement.²²⁴

Dans les autres domaines de la responsabilité civile, la liberté contractuelle justifiait les parties de limiter la garantie selon l'espace et le temps. En conséquence, les clauses liant la garantie à la réclamation étaient opposables à la victime «(...) au motif que le droit de celle-ci contre l'assureur prend sa source et trouve sa mesure dans le contrat d'assurance et qu'il ne peut porter que sur l'indemnité d'assurance telle qu'elle a été stipulée, définie et limitée par ce contrat».²²⁵

Mais voilà qu'en janvier 1985, une polémique s'est engagée dans la jurisprudence au regard de la légalité des clauses d'assurance basées sur les réclamations. Le débat a d'abord porté sur l'analyse d'une clause d'exclusion

221. M. Picard et A. Besson, *supra* note 46 à la p. 609, n° 256.

222. Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1939, R.G.A.T. 1939.286, D.H. 1939.I.68; Cass. civ. 1^{re}, 26 mars 1941, R.G.A.T. 1941.301.

223. «En réalité, du point de vue législatif, tout en réduisant le délai de la prescription de l'action de la victime contre l'assuré, il faudrait surtout lier, au point de vue de la prescription, l'action directe à l'action de l'assuré contre l'assureur.» M. Picard et A. Besson, *supra* note 46 à la p. 609, n° 256.

224. Article L. 241-1, al. 3, C. ass. Le libellé de ce texte de loi se lit ainsi : «Tout contrat d'assurance est, nonobstant toute stipulation contraire, réputé comporter une clause assurant le maintien de la garantie pour la durée de la responsabilité pesant sur la personne assujettie à l'obligation d'assurance.» (Voir L. 4 janv. 1978.)

225. H. Groutel, note sous Cass. civ. 3^e, 8 avril 1987, D. 1988.somm.153. Voir Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 1974, D. 1975.Jur..269 (note Besson); Cass. civ. 1^{re}, 19 juillet 1978, D.1979.I.r.194 (note Cl.-J. Berr et H. Groutel).

exigeant la survenance de la réclamation de la victime au cours du contrat. La jurisprudence française a mis plusieurs années avant de clore le débat.

a) Le premier courant prononçant l'inopposabilité des clauses basées sur les réclamations

Dans l'affaire de la *Société Bati Technique*,²²⁶ la Cour de cassation a procédé à l'analyse d'une clause d'un contrat d'assurance de responsabilité-construction selon laquelle l'assureur excluait les sinistres (définis comme étant les réclamations des victimes) survenus après l'expiration du contrat. Les faits en l'espèce portaient sur l'achat de tuiles par la compagnie de construction *S.C.I.* auprès de la *Société Bati Technique*, en vertu d'un contrat signé en 1965. Des malfaçons sont apparues en 1970 en raison de tuiles défectueuses. Même si la réclamation de la victime est survenue après l'expiration du contrat, la Cour de Versailles a décidé, en 1983, de condamner l'assureur à indemniser la *S.C.I.*, tierce lésée,²²⁷ parce que les dommages sont apparus pendant que le contrat était en vigueur.

La compagnie d'assurances *Eagle Star* demande la cassation du jugement. Toutefois, le 22 janvier 1985, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation confirme la décision de la Cour de Versailles au motif que le dommage dont la tierce lésée se plaint est apparu alors que la garantie de l'assuré était acquise. La Cour de cassation reconnaît que l'assuré a fait naître une créance d'indemnité dans le patrimoine de la victime. Par conséquent, la Cour conclut que les clauses basées sur les réclamations sont **inopposables** aux victimes,²²⁸ ce qui suppose que ces mêmes clauses demeurent valides entre l'assureur et l'assuré. Le lendemain, la 3^e chambre civile emprunte la même direction que la 1^{re} chambre et décide qu'une clause limitant la garantie aux réclamations que les victimes présentent pendant la durée du contrat est inopposable au tiers lésé dans la mesure où les dommages se sont révélés au cours de la période d'assurance.²²⁹ Une telle

226. Cass. civ. 1^{re}, 22 janvier 1985, D. 1985.Jur.216 (note Y. J.).

227. Versailles, 12 juillet 1983.

228. *Supra* note 226. La Cour de cassation a statué dans le même sens le lendemain, le 23 janvier 1985 : Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 1985, J.C.P. 1985.II.20509 (note Durry).

229. Cass. civ. 3^e, 14 mai 1985, D. 1985.Jur..507.

clause était donc opposable au tiers lésé lorsque les dommages apparaissaient après l'expiration du contrat.

La jurisprudence de la Cour de cassation, qui déclare l'inopposabilité aux victimes des clauses à base de réclamation, fut largement contestée parce qu'elle suppose qu'une clause d'exclusion est inopposable comme s'il s'agissait d'une déchéance. Sur ce point, le professeur Hubert Groutel considère que l'inopposabilité est injustifiable puisque «(...) le tiers lésé n'a certainement pas plus de droit que l'assuré lui-même quant à l'objet de la garantie».²³⁰ Il qualifie d'ailleurs d'«hérésie» le raisonnement de la 3^e chambre civile qui a conclu à l'inopposabilité.²³¹ Le professeur Groutel précise que l'article L.124-1 du *Code des assurances*,²³² relatif à la garantie de l'assureur, oblige ce dernier à exécuter la garantie lorsque le tiers lésé présente une réclamation «à l'assuré» et non pas à l'assureur. Selon H. Groutel, si le texte de loi à la base du litige dans l'affaire de la *S.C.I.* est l'article L.124-1 *C. ass.*, la Cour n'avait qu'à rechercher si une réclamation était survenue au cours du contrat.

La professeure Yvonne Lambert-Faivre dénonce aussi la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle les clauses basées sur les réclamations sont inopposables aux victimes. D'après l'auteure, cette décision témoigne d'une double erreur parce que «(...) la déchéance sanctionne une faute de l'assuré inopposable à la victime, or ici la date de la réclamation est celle faite par la victime elle-même... Mais surtout la déchéance suppose qu'au moment de la réalisation du dommage, la garantie prévue dans le contrat préexiste donc au dommage dont elle détermine les conditions de réparation».²³³

Selon les professeurs Groutel et Lambert-Faivre, la Cour de cassation aurait mieux fait de se fier à la rigueur du courant dégagé par la 1^{re} chambre civile à la fin des années soixante-dix en refusant d'analyser la clause basée sur les réclamations des victimes comme une déchéance, mais en la rangeant plutôt dans la catégorie des exclusions.²³⁴ C'est d'ailleurs ce que la Cour de cassation a fait

230. H. Groutel, *supra* note 225 à la p. 153.

231. *Ibid.*

232. *Supra* note 130.

233. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 419, n° 647.

234. Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 1978, D. 1979.I.r.194 (note Cl.-J. Berr et H. Groutel).

en 1990 lorsqu'elle a condamné l'utilisation des clauses limitatives de garantie qui se fondent sur les réclamations des victimes.

b) Le renversement jurisprudentiel déclarant la nullité des clauses dites «claims-made»

Le 19 décembre 1990, la Cour de cassation opère un revirement jurisprudentiel important. Elle statue sur sept espèces²³⁵ qui remettaient en cause la validité des clauses d'assurance définissant le sinistre par la réclamation du tiers lésé et limitant la couverture aux seules réclamations que les victimes présentaient au cours de la période d'assurance. D'abord, la Cour affirme que la police est «dénaturée» lorsque le sinistre est défini comme étant la réclamation du tiers lésé présentée au cours du contrat. Elle prononce ensuite un attendu de principe selon lequel la garantie d'assurance s'applique à tout fait survenu pendant la période d'assurance **du moment que ce fait engage la responsabilité civile de l'assuré.**

La Cour de cassation refuse d'admettre la validité des clauses basées sur les réclamations. D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, les trous de garantie des contrats à base de réclamation privent l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui n'est pas imputable à ce même assuré. La Cour déclare donc la nullité des clauses liant la garantie d'assurance à la réclamation. Elle s'exprime en ces termes :

*«Mais attendu que le versement des primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine **dans un fait** qui s'est produit pendant cette période; que la stipulation de la police, selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire aux termes de l'article L. 124-1 du Code des assurances à la mise en oeuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période*

235. Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1990, Resp. civ. et assur. 1991.13-15.comm.81. Les sept espèces réunies sont les suivantes : *Girard c. Caisse d'assurance mutuelle du bâtiment*; *Mutuelle Générale Française Accidents c. Epx Hardouin*; *Sté Anaro c. Gelis*; *Concorde c. Sté Les grandes tuileries de Roumazières*; *UAP c. Epx Mitais*; *Cie Commercial Union c. Small*; *Baumgartner c. Cie Commercial Union Northern*.

*de validité du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un **avantage illicite comme dépourvu de cause** et par conséquent contraire aux dispositions de l'article 1131 du Code civil, au profit du seul assureur, qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie; que cette stipulation doit, en conséquence, être réputée non écrite; (...).»²³⁶*

Mme Lambert-Faivre observe que la jurisprudence de la Cour de cassation ne précise pas la nature du **fait** qui est à l'origine des dommages. Selon elle, «(...) il faut bien comprendre que c'est la réalisation du dommage donc le “fait dommageable” qui fait naître la dette de responsabilité de l'assuré et la garantie de l'assureur en assurance de responsabilité; celle-ci doit se situer pendant la validité du contrat».²³⁷

Récemment, la Cour de cassation a précisé que la notion de «fait à l'origine des dommages», dont traitaient les arrêts de décembre 1990, se définit par le *fait générateur*, c'est-à-dire à l'événement qui est la cause génératrice du dommage.²³⁸ La Cour n'a cependant pas clarifié la notion de **cause** dont faisait état la jurisprudence de décembre 1990 en vertu de laquelle ont été condamnées les clauses *claims-made*.

La professeure Lambert-Faivre souligne d'ailleurs cette seconde imprécision relativement à la notion de **cause**. Elle croit que la Cour l'évoquait dans le but de reconnaître la divisibilité des primes d'assurance en cas de résiliation de la police en cours d'exercice. Mme Lambert-Faivre craint que cet argument soit interprété de manière trop générale au risque de «(...) rendre impossible toute détermination de l'objet même du contrat d'assurance. Certes, les “*clauses d'exclusion*” doivent être soigneusement contrôlées pour ne pas devenir abusives. Leur nullité de principe n'est cependant ni admissible, ni sérieusement envisageable».²³⁹

236. (Nos caractères gras.) *Mutuelle Générale Française Accidents c. Epx Hardouin et autres*, *supra* note 235 à la p. 14.

237. Y. Lambert-Faivre, *supra* 84 à la p. 420, n° 647.

238. *Supra* notes 133-134.

239. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 142 à la p. 17.

Toutefois, la professeure Lambert-Faivre souhaite que le législateur français étende à toutes les assurances de responsabilité le principe de liaison des durées de la responsabilité civile et de la période de garantie, comme il l'a fait en matière de construction²⁴⁰. La loi assurerait ainsi une «(...) *triple cohérence entre la durée de la créance d'indemnisation de la victime (prescription de l'action en réparation), la durée d'existence de la dette de réparation du responsable (notamment en cas de pluralité de victimes), et la durée de la garantie du contrat d'assurance de responsabilité*».²⁴¹

En ce qui concerne le professeur Groutel, il qualifie d'«inexacte» la motivation à la base des sept arrêts de décembre 1990 selon laquelle la Cour déclare que les assureurs perçoivent des primes sans contrepartie pour des dommages trouvant leur origine dans un fait survenu pendant le contrat. D'après cet auteur, «(...) *sauf dans un système fonctionnant en semi-capitalisation comme l'assurance de responsabilité décennale, l'assureur qui accorde une garantie subséquente calcule et perçoit - même si elle n'est pas toujours bien séparée de la prime principale - une prime spéciale à cette garantie. C'est dire, par conséquent, que, en présence d'une clause qui exclut les réclamations postérieures à la résiliation, la garantie de celle-ci n'a pas été rémunérée*».²⁴² C'est ce qui amène le professeur Groutel à penser que la jurisprudence de décembre 1990 constitue une provocation des tribunaux afin d'inciter la législature à étendre à l'assurance de responsabilité, «(...) *un contenu quant à l'étendue de la garantie*(...)»,²⁴³ comme cela a été fait en matière de construction.

Malgré l'importante jurisprudence de la Cour de cassation de décembre 1990, la 3^e chambre a continué de déclarer l'**inopposabilité** des clauses basées sur les réclamations. La 3^e chambre considérait donc que l'assuré était en faute lorsque la réclamation de la victime était postérieure à l'expiration du contrat. Cependant, la 3^e chambre a fini par se rallier à la décision de la 1^{re} chambre civile

240. *Supra* note 224.

241. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 421, n° 647.

242. H. Groutel, «L'extermination des clauses limitatives dans le temps de la garantie des assurances de responsabilité» *Resp. civ. et assur.* 1991.2.chron.4. Nous ne souscrivons pas à cette opinion du professeur Groutel parce qu'au Canada, l'assureur fixe la prime des contrats d'assurance à un moindre coût compte tenu des avantages que lui procure un contrat à base de réclamation. La garantie est donc rémunérée en conséquence. *Supra* notes 162-163.

243. H. Groutel, *ibid.* à la p. 1.

pour confirmer, une fois pour toutes, la nullité des clauses liant la garantie de l'assureur aux réclamations des victimes.

En effet, le 3 juin 1992,²⁴⁴ la 3^e chambre a reconnu la nullité des clauses d'assurance basées sur le concept de réclamation. La Cour de cassation a d'abord rappelé sa propre jurisprudence de 1939²⁴⁵ en vertu de laquelle le caractère d'ordre public de l'action directe avait été consacré. Selon cette jurisprudence de la fin des années trente, le délai de prescription de l'action directe a été lié à celui du droit commun dont le caractère impératif était admis. La Cour de cassation décide ensuite que les clauses basées sur les réclamations doivent être déclarées nulles parce qu'elles dérogent à la prescription de droit commun applicable au recours direct du tiers lésé.

Parmi les conséquences relatives à la déclaration de nullité des clauses *claims-made*, les professeurs Veaux-Fournerie et Veaux observent que les sept arrêts de décembre 1990 remettent en question la validité des clauses de garanties subséquentes. Ces professeurs nous enseignent que la jurisprudence a réputé ces clauses de prolongation de garantie non-écrites au motif que « [l]e versement de primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance de responsabilité et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période (...) ».²⁴⁶

En d'autres mots, la jurisprudence française considère que la garantie doit s'étendre à la réparation de tous sinistres survenus pendant la période d'assurance, interdisant par conséquent à l'assureur de limiter sa couverture aux seuls sinistres

244. Cass. civ. 3^e, 3 juin 1992, Resp. civ. et assur. 1992.11.comm.285.

245. Cass. civ., 28 mars 1939, *supra* note 222 : « Attendu que si l'action de la victime d'un accident contre l'assureur est subordonnée à l'existence d'une convention passée entre ce dernier et l'auteur de l'accident, et ne peut s'exercer que dans ses limites, elle trouve, en vertu de la loi, son fondement dans le droit à la réparation du préjudice causé par l'accident dont l'assuré est reconnu responsable; qu'il suit de là que la prescription édictée par l'art. 25 § 1, de la loi du 13 juill. 1930 s'applique uniquement dans les rapports de l'assuré et de l'assureur, mais que l'action de la victime contre ce dernier reste soumise à la prescription de droit commun. »

246. J.-cl. resp. civ., *supra* note 12 fasc. 511-3, n° 29. Aussi Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1993, Resp. civ. et assur., 1993.12.comm. 246; Cass. civ. 1^{re}, 9 juin 1993, *supra* note 132.

qui lui sont déclarés avant l'expiration de la période de garantie subséquente.²⁴⁷ La Cour de cassation n'hésite donc pas à déclarer la nullité des clauses de garanties subséquentes.

En ce qui a trait à la clause de reprise du passé inconnu, le professeur Groutel nous rappelle que «(...) la motivation des arrêts du 19 décembre 1990 repose sur l'existence (...) d'un vice affectant le contrat qui limite l'étendue de la garantie dans le temps. C'est un défaut intrinsèque, indifférent, par conséquent, à la présence d'une reprise du passé dans le contrat suivant».²⁴⁸ Le professeur Groutel comprend difficilement qu'on s'interroge encore sur la validité de la clause de reprise du passé du moment que la jurisprudence de la Cour de cassation de décembre 1990 prévaut. Dès que le fait à l'origine des dommages survient pendant la période d'assurance, le dommage est aussitôt garanti. C'est pourquoi M. Groutel considère que l'on n'a pas à hésiter à réputer la clause de reprise du passé non-écrite.²⁴⁹

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que la nullité des clauses basées sur les réclamations ne fait plus aucun doute depuis la jurisprudence de décembre 1990. La Cour de cassation a d'ailleurs maintenu sa décision de principe dans de récents litiges en 1995 et 1996.²⁵⁰ L'analyse de la jurisprudence française confirme le double objectif de l'assurance de responsabilité qui est de veiller à la fois à la protection des intérêts des assurés et à l'indemnisation des victimes.

La jurisprudence de la Cour de cassation est audacieuse. Faut-il se rappeler qu'en droit français, aucun texte de loi n'édicte le droit direct du tiers lésé comme le fait le droit québécois aux termes de l'article 2501 C.c.Q. La jurisprudence française a d'abord déduit le droit direct du tiers lésé de l'article L. 124-3 du *Code des assurances*. Après quoi la jurisprudence de la Cour de cassation

247. H. Groutel, note sous Cass. civ. 3^e, 4 novembre 1993, Resp. civ. et assur. 1994.12.comm. 103; H. Groutel, «Propos divers au sujet de l'étendue de la garantie dans le temps», Resp. civ. et assur. 1994.3.chron.18.

248. H. Groutel, note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1994 et Civ. 3^e, 11 mai 1994, Resp. civ. et assur. 1994.13.comm. 307.

249. *Ibid.*

250. *Supra* note 134; Civ.1^{re}, 13 février 1996, Resp. civ. et assur. 1996.16-17.comm.151.

a consacré le caractère d'ordre public du recours direct pour ensuite conclure à la nullité des clauses à base de réclamation qui éludent la prescription de droit commun applicable à l'action directe du tiers lésé.

Au Québec, le *Code civil du Québec* a non seulement consacré l'exercice du droit direct du tiers lésé par trois articles de loi (2500 à 2502 C.c.Q.), mais encore le droit québécois a-t-il institué un régime de protection d'ordre public ordonnant la nullité des clauses qui diminuent les droits des tiers lésés. Étant donné la création du régime de protection des droits des tiers lésés en matière d'assurance de responsabilité, nous croyons que le législateur a manifesté sa volonté de condamner les clauses basées sur les réclamations qui réduisent les droits des tiers lésés.²⁵¹

La protection des victimes était autrefois une finalité propre au régime d'assurance de responsabilité automobile des Québécois. Le *Code civil du Québec* étend maintenant l'objectif de protection des tiers lésés à tous les domaines de l'assurance de responsabilité. Nous pensons que la doctrine et la jurisprudence québécoises remettront en cause les clauses d'assurance basées sur les réclamations, même si la condamnation de ces clauses peut paraître une conséquence inopinée de la réforme.

Jusqu'à maintenant, l'étude de la nature hybride du droit direct du tiers lésé nous a permis de préciser la double nature de ce droit, tant dans son principe que dans son étendue. À cet égard, nous avons conclu que l'action directe du tiers lésé se fonde sur le droit à réparation de la victime et que cette même action suppose l'application d'un contrat d'assurance. La double nature du droit direct du tiers lésé imprègne aussi l'exercice du recours direct du tiers lésé.

Section 2. Les conditions d'exercice de l'action directe du tiers lésé

L'action directe du tiers lésé trouve sa source d'autonomie dans la loi mais son exercice demeure soumis à l'application du contrat d'assurance. Le tiers lésé qui choisit de poursuivre directement l'assureur du responsable doit «(...) débattre tant les questions relatives à la responsabilité que celles relatives à l'application

251. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 418, n° 646.

du contrat d'assurance». ²⁵² Celui à qui est ouverte l'action directe doit donc se soumettre à des conditions d'exercice particulières.

§1. Les personnes pouvant exercer l'action directe

On se souviendra que la créance de réparation directe naît du droit à réparation du préjudice du tiers lésé. ²⁵³ L'action directe peut donc être exercée par la victime, immédiate ou par ricochet. Dans la mesure où l'action directe est un droit à caractère patrimonial, nous croyons qu'elle peut être transmise aux ayants droit ou aux héritiers successoraux de la victime. ²⁵⁴

À la suite de la réalisation d'une subrogation légale, d'autres créanciers peuvent exercer l'action directe du tiers lésé. Par exemple, les personnes physiques ou morales légalement subrogées dans les droits de la victime possèdent tous les droits du créancier, le subrogeant. ²⁵⁵ Attendu que diverses personnes peuvent exercer l'action directe du tiers lésé, nous pensons que cette action n'est pas un recours propre à la personne du débiteur. En raison du fondement du droit direct du tiers lésé dans le droit à réparation du préjudice subi, la personne qui exerce l'action directe doit donc posséder un intérêt juridique dans la créance de réparation de la victime. Il est également essentiel que le demandeur à l'action directe établisse son droit de créance.

§2. La preuve de la dette de responsabilité de l'assuré

Lorsque le tiers lésé poursuit directement l'assureur, il ne recherche pas la condamnation de l'assuré puisque ce dernier n'est pas le défendeur à l'action. Cependant, le tiers doit établir de façon contradictoire la responsabilité de l'assuré. La présence de ce dernier dans le cadre de l'action directe est donc utile.

252. J.-G. Bergeron, *supra* note 52 à la p. 394.

253. *Supra* note 120.

254. «Le patrimoine est avant tout une notion économique. Il survit au décès de son propriétaire et se transmet à ceux (héritiers, légataires) qui continuent sa personnalité.» J.-L. Baudouin, *supra* note 6 à la p. 15, n° 22.

255. *Ibid.* à la p. 523, n° 928.

A. La mise en cause de l'assuré

L'objet de la mise en cause est d'obtenir une condamnation de l'assureur et de lui **opposer la déclaration de responsabilité** de son assuré.²⁵⁶ Le but recherché par la mise en cause n'est pas de joindre à l'action directe une action que la victime aurait pu intenter contre le responsable. Par la mise en cause, le tiers lésé possède l'avantage de pouvoir opposer à l'assureur la déclaration de responsabilité de l'assuré en même temps qu'il demande l'exécution du contrat d'assurance. Le jugement portant sur la responsabilité de l'assuré est donc déclaratif de droits.²⁵⁷

Le Code civil ne fait pas de la mise en cause de l'assuré une condition d'exercice de l'action directe. Nous jugeons opportun d'observer que l'*Avant-projet de Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*²⁵⁸ prévoyait la mise en cause obligatoire de l'assuré, à moins que l'assureur n'ait reconnu la responsabilité de son assuré ou encore que l'assignation de ce dernier soit devenue impossible. Le tiers lésé peut donc faire la preuve des éléments de la responsabilité de l'assuré par tous moyens légaux car le *Code civil du Québec* n'énonce aucune condition d'exercice particulière à l'action directe.

Incidemment, le professeur Bergeron souligne que l'assureur ne peut opposer à la victime une condition préalable à l'exercice de l'action directe contre l'assureur. Par exemple, «(...) *la clause interdisant la prise d'action contre l'assureur, antérieurement à l'établissement des dommages par arbitrage ou par jugement rendu contre l'assuré, n'est pas opposable à la victime*». ²⁵⁹ À plus forte raison, ce genre de clause contreviendrait à l'article 2414, al.2 C.c.Q. qui consacre le caractère d'ordre public des droits des tiers lésés en assurance de responsabilité.

256. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 449, n° 694.

257. Selon le professeur J.-G. Bergeron, cette «(...) *procédure ne peut être exercée à fin de condamnation contre l'assuré mais seulement à fin d'opposabilité de la chose jugée*». M. Bergeron nous fait remarquer que l'assuré deviendrait alors le défendeur s'il était condamné. J.-G. Bergeron, *supra* note 52 à la p. 396.

258. Article 2572 de la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, *supra* note 70.

259. J.-G. Bergeron, *supra* note 52 à la p. 394.

Même si le Code civil n'exige pas l'intervention forcée de l'assuré, nous croyons qu'en pratique la mise en cause de l'assuré constitue le mode d'intervention le plus commode pour le tiers lésé qui entend opposer la responsabilité de l'assuré à l'assureur. En effet, à moins d'une intervention volontaire de l'assuré ou que la responsabilité de ce dernier soit déjà établie, par jugement²⁶⁰ ou en raison d'une reconnaissance de responsabilité,²⁶¹ le tiers lésé ne peut espérer une condamnation de l'assureur sans avoir discuté la responsabilité de l'assuré selon son principe et son étendue.²⁶² La présence de l'assuré, lors du déroulement de l'action directe, est donc déterminante pour le tiers lésé qui entend faire la preuve contradictoire de ses dommages.

En France, la mise en cause de l'assuré a été jugée en principe obligatoire même si aucun texte de loi ne l'exige. Dans un jugement du 11 mars 1970, la Cour de cassation a fait de la mise en cause de l'assuré une procédure obligatoire «(...) en dehors de toute reconnaissance de la responsabilité de l'assuré ou de toute condamnation préalablement intervenue contre lui (...)».²⁶³ La Cour est arrivée à cette conclusion parce que les parties à l'action directe doivent fixer de façon contradictoire l'indemnité qui est due par l'assureur au bénéfice exclusif du tiers lésé.

Picard et Besson affirment au sujet de la procédure de mise en cause qu'à moins que la responsabilité de l'assuré ne soit déjà établie, « [l']assuré doit être

260. *Infra*, Chapitre, section 2, § 2, B.

261. Lorsque l'assureur reconnaît la responsabilité civile de son assuré, la mise en cause devient inutile. L'article 2572 de l'Avant-projet de loi du *Code civil du Québec* prévoyait qu'en présence d'une telle admission le tiers lésé n'avait pas à mettre en cause l'assuré. L'assuré ne serait certes pas admis à reconnaître sa propre responsabilité à l'égard du tiers lésé à moins que l'assureur ne prenne part à cette admission. L'article 2504 C.c.Q. précise en effet qu'« [a]ucune transaction conclue sans le consentement de l'assureur ne lui est opposable ». L'Avant-projet de loi prévoyait aussi que la mise en cause était inutile lorsque l'assignation de l'auteur du préjudice était devenue impossible.

262. L'assuré mis en cause a tout intérêt à débattre sa responsabilité dans son principe et dans son étendue parce qu'il demeure quand même le principal intéressé. Voir Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 445, n° 689.

263. Cass. civ. 2^e, 11 mars 1970, D.1970.somm.153. Voir aussi *supra* note 12 à la p. 24, n° 103. Le nouveau *Code de procédure civile* français autorise la mise en cause aux fins de condamnation contre l'auteur du préjudice, mettant ainsi fin au débat sur la responsabilité (art. 331 nouveau C. proc. civ.).

*partie aux débats, parce que, ce que la victime demande à l'assureur, c'est, à concurrence de l'indemnité d'assurance, l'indemnité dont l'assuré responsable est redevable envers elle. Comment concevoir la détermination de la responsabilité à l'encontre de l'assureur seul, étranger au fait dommageable et en l'absence du principal intéressé? Cette responsabilité est le support de l'action directe».*²⁶⁴

Au Québec, il est tout aussi difficile d'imaginer comment le tiers lésé peut arriver à débattre de manière contradictoire les éléments de la responsabilité de l'assuré sans que ce dernier soit présent aux débats. Comme le rappelle Madame Lambert-Faivre, «(...) il ne faut jamais oublier que l'objet de la garantie de l'assureur est la dette de responsabilité de l'assuré».²⁶⁵ En définitive, la présence de l'assuré est essentielle²⁶⁶ afin que le tiers lésé puisse opposer à l'assureur la déclaration de la responsabilité de l'auteur du préjudice.

Si utile soit-elle, la mise en cause n'est pas une condition de recevabilité de l'action directe car le tiers lésé ne recherche pas la condamnation de l'assuré. En effet, le tiers lésé ne devrait pas être débouté de son action directe s'il lui est impossible d'assigner l'assuré car aucun texte de loi n'impose l'intervention forcée de ce dernier. Le tiers lésé pourrait donc mettre l'assuré en cause à l'expiration du délai de prescription de l'action directe sans pouvoir se faire opposer la prescription de son action.

En France, la Cour de cassation a pourtant fait de la mise en cause une condition de recevabilité de l'action directe. La Cour a jugé irrecevable une action directe dont l'assuré avait été mis en cause à l'expiration de la prescription du recours du tiers lésé.²⁶⁷ Toutefois, cette décision demeure sévèrement critiquée. Le professeur Groutel considère à cet égard que la Cour de cassation n'aurait pas dû faire de la mise en cause une condition de recevabilité de l'action directe car «[l]a position de la Cour revient à dire que l'action directe contre l'as-

264. M. Picard et A. Besson, *supra* note 130 à la p. 576, n° 387.

265. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 445, n° 689.

266. Voir A. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971 aux pp. 595-611, n°s 635-656.

267. Cass. civ. 3^e, 23 janvier 1991, Resp. civ. et assur. 1991.11.comm. 114.

*sureur est subordonnée à la réussite d'une action en paiement distincte dirigée contre l'assuré, action antérieure ou concomitante».*²⁶⁸

Le professeur Groutel rappelle que le droit français n'oblige pas le tiers lésé à intenter une action en responsabilité civile contre le responsable lorsqu'il décide d'exercer son action directe. Selon le professeur Groutel, l'action directe doit être jugée recevable dès qu'elle «(...) est exercée avant l'expiration du délai dans lequel, en l'absence d'assurance, l'action de la victime contre l'assuré eût été enfermée (...)».²⁶⁹ Nous pensons que l'enseignement de cet auteur pourrait s'appliquer, par analogie, en droit québécois étant donné la reconnaissance du caractère autonome du recours direct du tiers lésé en assurance de responsabilité.

Il va sans dire que la procédure de mise en cause constitue un moyen efficace permettant au tiers lésé de faire la preuve de la dette de responsabilité de l'assuré. Par ailleurs, d'autres moyens de preuve sont ouverts au tiers lésé afin d'établir la dette de responsabilité de l'auteur de son préjudice, notamment lorsqu'un premier jugement a reconnu la responsabilité de l'auteur du préjudice.

B. La preuve de la responsabilité de l'assuré au moyen de l'«exception de la chose jugée»

Lorsque la responsabilité de l'auteur du préjudice a déjà été établie par jugement, le tiers lésé doit-il refaire la preuve de la dette de responsabilité de l'assuré lorsqu'il poursuit directement l'assureur de ce dernier? Sans pour autant faire autorité de chose jugée, nous verrons que le jugement qui a reconnu la responsabilité de l'auteur du préjudice peut faciliter la preuve que doit établir le tiers lésé.

Dans le passé, les tribunaux québécois ont reconnu que la condamnation de l'auteur du préjudice prononcée dans une action principale intentée par la victime n'a pas autorité de chose jugée à l'égard de l'assureur du responsable lors d'une

268. H. Groutel, «La double nature de l'action directe contre l'assureur de responsabilité», *Resp. civ. et assur.* 1991.2-3.chron.8.

269. *Ibid.*

saisie-arrêt.²⁷⁰ Plus récemment, la Cour supérieure confirmait, dans l'affaire *American Home Insurance Company c. Rapid Transport Terminal Ltd.*,²⁷¹ que le jugement rendu dans le cadre d'une action en garantie n'avait pas autorité de chose jugée à l'égard de l'assureur lors d'une saisie-arrêt. La victime devait donc refaire la preuve de la responsabilité de l'auteur du préjudice lorsqu'elle voulait saisir-arrêter l'indemnité d'assurance contre l'assureur du responsable.

Par analogie avec la jurisprudence en matière de saisie-arrêt, nous sommes d'avis que le jugement rendu dans l'action en responsabilité dirigée contre l'auteur du préjudice n'a pas autorité de chose jugée à l'égard de l'assureur qui est directement poursuivi par le tiers lésé. D'abord, les parties en litige sont différentes. Les objets sont peut-être identiques,²⁷² mais la cause d'action n'est pas la même. L'action en responsabilité est en effet un recours extracontractuel, tandis que le recours direct du tiers lésé se fonde à la fois sur la responsabilité civile et sur le contrat d'assurance. En somme, le jugement rendu sur la responsabilité de l'auteur du préjudice ne fait pas autorité de chose jugée lors de l'exercice subséquent de l'action directe du tiers lésé.

Néanmoins, nous pensons que le jugement qui a établi la responsabilité de l'auteur du préjudice possède une certaine autorité à l'égard de l'assureur qui est directement poursuivi par le tiers lésé. Par exemple, l'assureur qui a pris fait et cause de son assuré est généralement informé des éléments qui lui permettent de savoir si sa garantie est effective. En effet, l'assureur qui a assumé la défense de l'assuré a pu débattre de façon contradictoire les éléments de la responsabilité de ce dernier.

270. *Bercovici c. Guardian Insurance Company* (1941), 71 B.R. 267; *Stevenson c. Brique Champlain Ltée*, [1943] B.R. 196; *London Assurance c. Miron*, [1957] B.R. 183; *Canadian Fire Insurance Company c. Di Nunno*, [1962] C.S. 242; *Punger c. Héritiers de feu Ernio Serega dit Radicione*, [1962] C.S. 702; *Coronation Foods Corp. c. Lasalle Warehousing*, [1967] C.S. 93.

271. *American Home Insurance Company c. Rapid Transport Terminal Ltd.*, [1992] R.R.A. 723 (C.S.).

272. Les articles 1457 et 2396 C.c.Q. expriment bien l'objet commun à la responsabilité civile et à l'assurance de responsabilité, soit l'indemnisation de la victime. Voir : *Groupe Commerce, compagnie d'assurances c. Compagnie Sherbrooke Trust* (20 février 1989), Montréal 500-09-001302-884 (C.A.) aux pp. 3-4.

Nous souhaitons rappeler à cet égard qu'aux termes de la jurisprudence en matière de saisie-arrêt,²⁷³ l'assureur qui ne s'est pas réservé le droit de discuter la responsabilité de l'assuré doit être conséquent avec la décision du tribunal qui a condamné l'auteur du préjudice et admettre la dette de responsabilité de l'assuré. Compte tenu de cette jurisprudence, nous sommes d'avis que le tiers lésé peut opposer le jugement sur la responsabilité de l'auteur du préjudice à l'assureur qui a pris le fait et cause de l'assuré sans faire de réserve.

Le droit français admet d'ailleurs l'opposabilité à l'assureur du jugement qui a reconnu la responsabilité de l'auteur du préjudice, que cet assureur fasse l'objet d'une saisie-arrêt ou qu'il soit directement poursuivi par le tiers lésé. L'opposabilité du jugement sur la responsabilité de l'assuré se fonde sur une interprétation jurisprudentielle qui consiste à créer une exception à l'autorité de la chose jugée. En interprétant de façon extensive l'autorité de chose jugée,²⁷⁴ le droit français faisait une brèche au principe de chose jugée pour éviter que l'assureur conteste de façon abusive la responsabilité de l'assuré lorsque ce même assureur a dirigé le procès et qu'il a pu émettre des réserves à l'égard de la responsabilité de l'auteur du préjudice.

Pour fonder sa décision admettant l'opposabilité du jugement qui a établi la responsabilité de l'assuré, la Cour de cassation a d'abord considéré que l'assureur «(...) *renonce tacitement à contester la décision intervenue (...)*»²⁷⁵ parce qu'en assumant la défense de l'assuré sans réserve, l'assureur dirige en quelque sorte le procès de l'auteur du préjudice. Nous pensons que l'interprétation extensive de la chose jugée peut également s'appliquer en droit québécois, puisque cette interprétation va dans le même sens que la jurisprudence qui conclut à l'opposabilité à l'assureur du jugement sur la responsabilité de l'auteur du préjudice lorsque cet assureur n'a pas fait de réserve.

273. *Supra* note 270.

274. *Juris-classeur responsabilité civile*, fasc. 224-1, par C. Giraudel, n° 33 [ci-après *J.-cl. resp. civ.*]; *J.-cl. resp. civ.*, *supra*, note 12 fasc. 511-3, n° 58-60.

275. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 434, n° 670. Voir Cass. civ. 2^e, 6 mai 1981, Rev. trim. dr. civ. 1981.644. (note Durry); D. 1983.i.r.214 (note Cl.-J. Berr et H. Groutel); R.G.A.T. 1982.189 (note A. Besson).

Incidentement, il est intéressant de préciser qu'avec le temps, la France a adopté une approche plus audacieuse qui consiste à opposer de plein droit à l'assureur le jugement qui établit la responsabilité de l'auteur du préjudice.²⁷⁶ Cette opposabilité se fonde sur le fait que le jugement sur la responsabilité de l'assuré constitue la preuve officielle du sinistre.²⁷⁷ La jurisprudence de la Cour de cassation attribue d'autres conséquences au jugement ayant établi la responsabilité de l'auteur du préjudice. Ces effets se rapportent à la preuve de la garantie d'assurance.²⁷⁸ Nous vérifierons l'applicabilité de ces conséquences au droit québécois en examinant la preuve du contrat d'assurance.

§3. La preuve du contrat d'assurance

Aussi réelle l'autonomie de l'action directe du tiers lésé soit-elle, la réussite du recours direct ne repose pas uniquement sur la preuve de la responsabilité de l'assuré. Le tiers lésé doit aussi démontrer que l'assureur est tenu d'exécuter son obligation de garantie. Il importe donc que le tiers lésé fasse la preuve de l'application du contrat d'assurance.

A. L'existence du contrat d'assurance

En principe, la preuve de l'application du contrat d'assurance «(...) repose sur les épaules de celui qui invoque le contrat ou une de ses dispositions (...)».²⁷⁹ La preuve du contrat d'assurance et de ses dispositions suit le régime général de

276. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 434, n° 670.

277. Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 1968, J.C.P. 68, éd. G.II.15584 (concl. Lindon); D. 1969.Jur..249 (note A. Besson); Cass. civ. 2^e, 6 mai 1981, *supra* note 275. Les moyens de défense pouvant être soulevés par l'assureur varieront selon qu'il a pris le fait et cause de son assuré ou qu'il a laissé l'assuré se défendre seul. Si l'assureur dirige le procès, il ne sera pas admis à contester la décision qui établit la responsabilité de l'assuré à moins qu'il ait pris le soin d'invoquer l'exception de non-garantie et qu'il ait avisé l'assuré de ses réserves (Civ. 1^{re}, 15 oct. 1991, *Resp. civ. et assur.* comm.439, 2^e esp.). Si l'assureur laisse l'auteur du préjudice diriger sa défense, il ne pourra contester l'opposabilité du jugement sur la responsabilité de l'assuré qu'en invoquant son ignorance du litige ou la collusion entre la victime et l'assuré (Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 1983, Bull. civ. 1983.I, n° 162).

278. Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 1947, R.G.A.T.1947.173.

279. D. Lluelles, *Précis des assurances terrestres*, Montréal, Thémis, 1994 à la p. 86.

preuve des obligations,²⁸⁰ sous réserve des règles particulières à l'assurance.²⁸¹ Le tiers lésé doit donc invoquer le bénéfice du contrat d'assurance lorsqu'il exerce son action directe. Il nous semble toutefois exagéré que le tiers lésé doive faire la preuve du contenu de la police d'assurance puisqu'il n'est pas partie au contrat.

Récemment, dans l'affaire *Champagne*,²⁸² la Cour d'appel a d'ailleurs obligé l'assureur à produire une copie du contrat d'assurance à la demande du tiers lésé. La Cour s'interrogeait en particulier sur le droit du tiers lésé de contraindre l'assuré à lui divulguer le nom de l'assureur et à lui remettre copie du contrat d'assurance lors de l'exercice de l'action directe.

La Cour a rejeté l'argument des appelants selon lequel le nom de l'assureur et le contenu de la police étaient de nature confidentielle. Cependant, la Cour d'appel a spécifié que l'assureur peut « (...) demander au tribunal d'expurger le contrat d'assurance de certaines parties non essentielles au débat, compte tenu de leur nature privilégiée (...) », ²⁸³ tel le montant de la prime. Le juge Brossard affirme qu'à moins d'être en présence de dommages punitifs,²⁸⁴ les limites monétaires des protections fournies par l'assureur, ce qui équivaut à la « mesure de la solvabilité » de l'assureur selon l'expression du juge, devraient être enlevées par le tribunal, à la demande de l'assureur, avant que la police ne soit remise au tiers lésé.²⁸⁵ À cet égard, le juge Forget adopte une opinion plus élargie²⁸⁶ et permet la remise de la copie du contrat d'assurance afin que le juge, présidant l'action directe, puisse vérifier le type de responsabilité couvert par le contrat ainsi que les termes et conditions de la garantie.

Nous trouvons pertinent d'observer que la France a adopté une position qui facilite la preuve de l'application du contrat d'assurance pour le tiers lésé. La jurisprudence française reconnaît le principe selon lequel le tiers lésé n'a qu'à prouver l'existence du contrat d'assurance, après quoi un renversement du fardeau

280. *Ibid.* aux pp. 87-88. Voir art. 2859-2874 C.c.Q.

281. Art. 2404-2405, 2413 C.c.Q.

282. *Champagne c. CEGEP de Jonquière* (3 septembre 1996), Québec 200-09-000775-962 (C.A.), MM. les juges Lebel, Brossard et Forget.

283. *Ibid.* aux pp. 6-7, 9, 12-13, M. le juge Forget.

284. Article 1621 C.c.Q.

285. *CEGEP de Jonquière*, *supra* note 282 aux pp. 2-3, M. le juge Brossard.

286. *Ibid.* aux pp. 9-10, M. le juge Forget.

de preuve s'opère du côté de l'assureur. La Cour de cassation considère ainsi qu'«(...) *il incombe à l'assureur [l'assureur du responsable] de démontrer, en versant la police aux débats, qu'il ne doit pas sa garantie pour le sinistre objet du litige*».²⁸⁷

À l'instar de l'interprétation jurisprudentielle de droit français portant sur la preuve de l'existence du contrat d'assurance, nous sommes enclins à reconnaître que le renversement du fardeau de preuve puisse s'opérer en droit québécois. Certes, le tiers lésé doit d'abord prouver l'existence du contrat d'assurance pour que le renversement s'opère. Rappelons-nous que l'article 2396 C.c.Q., qui définit l'objet de l'assurance de responsabilité, oblige l'assureur à garantir la dette de responsabilité de l'auteur du préjudice. Or, le tiers lésé fournit la preuve de cette même dette lorsqu'il établit la responsabilité de l'assuré et l'existence du contrat d'assurance. Il appartiendrait alors à l'assureur de produire le contrat (ou les extraits pertinents) pour contester l'application de sa couverture ou encore d'invoquer la nullité de la police. Le renversement du fardeau de preuve serait conforme à l'article 2803 C.c.Q. selon lequel celui qui prétend qu'un droit est nul, modifié ou éteint doit prouver les faits sur lesquels se fonde sa prétention.

Le renversement du fardeau de preuve obligeant l'assureur à prouver qu'il ne doit pas sa garantie n'a peut-être pas encore été analysé par le droit québécois, mais la jurisprudence québécoise a eu l'occasion de reconnaître que le jugement qui a établi la responsabilité de l'auteur du préjudice suppose que l'assureur est tenu d'exécuter son obligation de garantie.

B. La preuve de la garantie d'assurance au moyen de l'«exception de la chose jugée»

Lorsque l'assureur conteste l'application de sa garantie, le tiers lésé dispose d'un moyen de preuve lui permettant de démontrer le déclenchement de l'obligation de couverture. On se rappellera que le jugement qui a préalablement établi la responsabilité de l'auteur du préjudice peut être opposé à l'assureur afin

287. J.-cl. resp. civ., *supra* note 12 fasc. 511-3, n° 86, 2; Cass. civ. 1^{re}, 22 avril 1992, Resp. civ. et assur. 1992.10-11.comm.281.

que le tiers lésé fasse la preuve de la dette de responsabilité de l'assuré.²⁸⁸ L'exception de l'autorité de la chose jugée permet aussi d'opposer le jugement portant sur la responsabilité de l'auteur du préjudice dans le but de prouver le déclenchement de la garantie d'assurance.

a) L'application de l' «exception de la chose jugée» aux fins de prouver le sinistre

Il s'agit d'une seconde application de l'interprétation extensive de l'autorité de la chose jugée²⁸⁹ selon laquelle la décision judiciaire qui condamne l'auteur du préjudice apporte la preuve du sinistre. Cette interprétation, issue de la jurisprudence de la Cour de cassation, se fonde sur le principe que «(...) la condamnation intervenue constitue la réalisation du risque prévu au contrat, sauf fraude (aveu, collusion avec la victime)». ²⁹⁰ Le droit français rappelle que l'assureur s'est engagé à garantir la dette de responsabilité de l'assuré et que le jugement obtenu constate cette dette car il «(...) apporterait en quelque sorte la "preuve officielle du sinistre"». ²⁹¹ La France admet donc que le jugement qui établit la responsabilité de l'assuré consacre le sinistre et, par conséquent, réalise le risque prévu au contrat.

Au Québec, l'affaire *Miron c. Demers*²⁹² s'est appuyée sur cette interprétation jurisprudentielle de droit français pour appliquer, de façon extensive, l'autorité de la chose jugée en matière d'assurance de responsabilité. En l'espèce, la Cour supérieure avait condamné Demers pour avoir blessé le demandeur Miron avec sa motocyclette. La compagnie d'assurances avait assumé la défense de son assuré sur la foi d'une déclaration signée par ce dernier, tout en avisant l'assuré qu'elle refuserait de le payer si la déclaration s'avérait être fausse. Par la suite, le demandeur Miron a procédé à une saisie-arrêt contre *The London Assurance*, l'assureur de l'auteur de son préjudice. La compagnie a refusé d'indemniser la victime au motif que l'assuré avait fait une fausse déclaration, malgré le fait que

288. *Supra* notes 273 et 276.

289. *Supra* note 274.

290. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 446, n° 690. Aussi : Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 1968, *supra* note 277; J.-cl. resp. civ., *supra* note 12 fasc. 511-3, n°s 54-82.

291. J.-cl. resp. civ., *supra* note 274, n° 32.

292. *Miron c. Demers* (4 janvier 1954), Montréal 309.938 (C.S.), M. le juge Marier.

le premier juge ait établi la responsabilité de Demers et convenu que la fausseté de la déclaration n'a pas été prouvée.

En Cour du Banc de la Reine, la compagnie d'assurances *The London Assurance* objectait «(...) que le demandeur, en pratiquant la saisie-arrêt, reconnaît implicitement le bien-fondé du jugement dont il poursuit l'exécution et que, dès lors, il ne saurait être admis à prétendre que ce jugement l'a condamné à tort». ²⁹³ L'objection de la tierce-saisie est rejetée au motif que cette dernière méconnaît la véritable obligation d'un assureur. Selon le juge, l'assureur doit verser l'indemnité lorsque l'assuré est «légalement tenu responsable» aux termes du contrat d'assurance. Étant donné qu'il n'a pas été prouvé que le premier juge a erré en droit, l'assureur doit donc indemniser la victime même s'il croit toujours que l'assuré a fait une fausse déclaration. Le juge présente son raisonnement de la façon suivante :

«Il suffit que l'assuré soit légalement responsable pour que l'assureur puisse être contraint de l'indemniser.

Or, lorsque l'assuré a été condamné à payer en raison de la survenance du risque prévu dans le contrat, sa responsabilité légale existe, même si le jugement prononcé contre lui est mal fondé.

D'où il suit que, contrairement à la prétention de la tierce-saisie, l'assuré qui, à la suite du jugement prononcé contre lui en faveur de la victime, demande à son assureur de l'indemniser, ne reconnaît pas par là le bien-fondé de ce jugement : il ne fait que réclamer ce à quoi l'assurance lui donne droit.» ²⁹⁴

La Cour précise que son raisonnement se fonde sur la doctrine de Picard et Besson selon laquelle le jugement obtenu contre l'auteur du préjudice n'a pas autorité de chose jugée à l'égard de l'assureur, mais ce même jugement démontre

293. *London Assurance c. Miron*, *supra* note 270 à la p. 186, M. le juge Pratte.

294. *Ibid.* aux pp. 186-187, M. le juge Pratte. Les juges Bissonnette et Owen souscrivent à l'opinion du juge Pratte et recommandent l'application de l'exception de la chose jugée développée en droit français.

que le risque s'est réalisé.²⁹⁵ La Cour du Banc de la Reine conclut que la victime peut opposer à l'assureur le jugement qui a établi la responsabilité de l'auteur du préjudice, lorsque cette même victime pratique une saisie-arrêt contre l'assureur du responsable. Le même raisonnement semble s'appliquer au recours direct du tiers lésé.

b) L'application de l' «exception de la chose jugée» à l'action directe du tiers lésé

En 1993, dans l'arrêt *Compagnie d'assurances Continental du Canada c. Compagnie d'assurances Générale Dominion du Canada*,²⁹⁶ la Cour d'appel a décidé que le jugement rendu dans l'action en garantie de l'assuré pouvait être opposé à l'assureur qui en appelle du jugement de la Cour du Québec ayant rejeté son action en remboursement des frais encourus dans un dossier où l'assureur croit que l'intimé, un second assureur, devait prendre son fait et cause. Selon la Cour, ce premier jugement a «autorité de chose jugée» à l'égard de l'assureur qui est directement poursuivi par l'assureur subrogé.

Le litige portait sur l'interprétation d'une entente qui prévalait entre un entrepreneur et un sous-traitant. Aux termes de l'entente, le sous-traitant s'est engagé à prendre le fait et cause de l'entrepreneur et à le défendre à ses frais. La responsabilité du sous-traitant a été reconnue dans l'action en garantie intentée par l'entrepreneur principal. Par la suite, l'assureur de ce même entrepreneur a directement poursuivi l'assureur du sous-traitant, sur la base de l'entente.

En Cour d'appel, le juge Gendreau estime qu'il n'est pas nécessaire de refaire la preuve de la responsabilité du sous-traitant, non plus la preuve que le contrat d'assurance couvre le dommage réclamé. Selon le juge, l'action en garantie fait «autorité de chose jugée» relativement à ces deux aspects. Le juge Gendreau s'exprime en ces mots :

295. Comme le soulignent Picard et Besson : «Sans doute le jugement obtenu n'a pas autorité de chose jugée à l'égard de l'assureur (...); mais il démontre la réalisation du risque et, à ce titre, permet à la victime de mettre en jeu la garantie par l'action directe sans mettre en cause l'assuré.» M. Picard et A. Besson, *supra* note 46 à la p. 456, n° 196.

296. *Continental du Canada, compagnie d'assurances c. Générale Dominion du Canada, compagnie d'assurances*, [1993] R.R.A. 145 (C.A.) [ci-après *Continental du Canada*].

«Lorsqu'un demandeur veut poursuivre un assureur directement, il lui faut établir, outre la responsabilité de l'assuré, que le contrat d'assurance couvre le dommage réclamé.

*En l'espèce, nous n'avons pas le contrat mais, lorsque le juge de la Cour supérieure a maintenu l'action en garantie de Walsh & Brais contre Dominion sur la base de la clause XIII [l'entente] du contrat de sous-traitance, il a répondu à cette question. **Ce jugement a maintenant l'autorité de chose jugée en raison du désistement d'appel de Dominion. C'est sans doute pour cette raison que les parties n'ont pas débattu de cette question en première instance et devant nous.**»²⁹⁷*

D'après nous, lorsque le juge Gendreau affirme que le jugement obtenu dans l'action en garantie de Walsh & Brais a «autorité de chose jugée», il applique l'interprétation de la jurisprudence française selon laquelle ce premier jugement apporte la preuve officielle du sinistre. Avec égards, le juge Gendreau n'aurait pas dû utiliser l'expression «autorité de chose jugée» parce que la règle des trois identités n'est pas respectée.²⁹⁸

À la lumière de la décision du juge Pratte dans l'arrêt *Miron*²⁹⁹ et de celle du juge Gendreau dans l'arrêt *La Dominion*,³⁰⁰ nous sommes forts de constater que les tribunaux québécois sont enclins à opposer à l'assureur le jugement qui a antérieurement établi la responsabilité de l'auteur du préjudice afin de prouver la consécration du sinistre. Le tiers lésé serait alors en mesure de démontrer que le risque prévu au contrat d'assurance s'est réalisé et que l'assureur est tenu d'exécuter sa garantie.

-
297. (Nos caractères gras.) *Ibid.* à la p. 148, M. le juge Gendreau. Le juge Beaugard, dissident, a refusé de reconnaître qu'il y avait chose jugée entre l'action en garantie et l'action directe, mais pour des raisons différentes de celles de son collègue. D'après le juge Beaugard, l'absence de chose jugée tient au fait que la question des frais extrajudiciaires n'avait pas été discutée lors de l'appel en garantie. *Ibid.* à la p. 146, M. le juge Beaugard.
298. *Coronation Foods Corp. c. Lasalle Ware Housing and Transfer Ltd.*, *supra* note 270 aux pp. 98-99, M. le juge Tellier.
299. *Supra* note 293.
300. *Continental du Canada*, *supra* note 296 à la p. 145.

Cette seconde application découlant de l'interprétation extensive de l'autorité de la chose jugée fait ressortir le caractère hybride de l'action directe en ce qu'elle permet d'apporter à la fois la preuve de la dette de responsabilité de l'auteur du préjudice³⁰¹ et la preuve officielle du sinistre.

Malgré la double nature du droit direct du tiers lésé, ce droit demeure autonome puisqu'il se détache de la créance de responsabilité civile.³⁰² Nous constaterons que l'affirmation de l'autonomie de l'action directe du tiers lésé a des conséquences sur les droits qui permettent à un assureur subrogé de recouvrer contre certaines personnes le montant de l'indemnité qu'il a versée. L'autonomie de l'action directe du tiers lésé entraîne aussi des conséquences sur l'extinction de ce même recours.

CHAPITRE 2 : LES CONSÉQUENCES DE L'AUTONOMIE DE L'ACTION DIRECTE DU TIERS LÉSÉ

L'affirmation et la protection de l'action directe du tiers lésé n'ont pas que des conséquences sur les droits des tiers lésés qui sont en présence de parties détenant une police basée sur les réclamations des victimes. Il est intéressant de faire apparaître les incidences de l'autonomie de l'action directe sur les droits dont dispose l'assureur subrogé pour recouvrer, contre certains tiers, l'indemnité qu'il a payée en vertu de son contrat. Nous vérifierons notamment s'il y a lieu d'appliquer les limites imposées à l'exercice du recours subrogatoire de l'assureur lorsque ce même assureur entend se faire rembourser le montant de l'indemnité par l'assureur d'un tiers responsable faisant partie de la maison de l'assuré.

L'affirmation de l'autonomie de l'action directe a aussi pour conséquence de modifier l'extinction de la créance directe. Nous verrons que, dans certaines circonstances, la durée de l'action directe se distingue de celle de l'action en responsabilité civile.

301. *Supra* notes 276-277.

302. *Supra* note 92.

§1. Le caractère autonome de l'action directe en réparation du tiers lésé

Une des conséquences de l'autonomie de l'action directe du tiers lésé consiste à reconnaître la possibilité d'une subrogation de la créance directe. À la suite de la réalisation de la subrogation légale, l'assureur qui a payé son assuré et qui désire faire valoir la créance directe doit le faire dans les limites que le Code civil impose à l'exercice du recours subrogatoire.

A. Le recours subrogatoire de l'assureur

La subrogation légale revêt toute son importance dans le cadre de l'analyse de l'action directe du tiers lésé. C'est en vertu de la subrogation que la créance directe du tiers lésé est transférée dans le patrimoine de l'assureur qui a indemnisé ce même tiers.

a) Le principe de la subrogation

Selon la codification de 1866, le lien juridique unissant l'assureur du tiers lésé au responsable était fondé sur une cession de droits.³⁰³ Seule la cession de créance dûment signifiée pouvait autoriser l'assureur à poursuivre l'auteur du préjudice.³⁰⁴

En 1974, le législateur a adopté l'article 2576 C.c.B.-C. dans le but d'instituer la subrogation légale en faveur de l'assureur. Dans l'arrêt *Trépanier c. Plamondon*,³⁰⁵ les juges Lebel et Rothman, au nom de la majorité, ont établi que la subrogation se réalise de plein droit par le seul effet du paiement reçu par

303. Avant 1974, l'article 2584 C.c.B.-C. accordait à l'assureur la possibilité de poursuivre l'auteur du préjudice au moyen d'une cession légale des droits de l'assuré. L'article 2584 C.c.B.-C. se lit ainsi : «*L'assureur, en payant l'indemnité, a droit à la cession des droits de l'assuré contre ceux qui ont causé le feu ou la perte.*»

304. Voir C.-A. Bertrand, «Effets des subrogations et des transports aux assureurs», (1953) 7 R. du B. aux pp. 285-299. Le juge analyse la nature des droits transmis à l'assureur avant la réforme de 1974.

305. *Trépanier c. Plamondon*, [1985] C.A. 242.

l'assuré.³⁰⁶ Le transfert des droits de l'assuré s'effectue donc automatiquement au profit de l'assureur, sans aucune formalité.³⁰⁷

Lorsque la subrogation légale se réalise, elle assure le transfert des droits à la base de l'indemnisation de la victime. Ainsi, l'assureur ne peut instituer ni continuer l'action sous le nom de l'assuré car celui-ci ne possède pas l'intérêt requis par l'article 59 C.p.c. La subrogation légale constitue donc la source de transmission de la créance de l'assuré envers son assureur.³⁰⁸ Dans la mesure où la subrogation légale est le fondement³⁰⁹ du recours «en remboursement» de l'assureur contre les tiers, l'assureur ayant indemnisé la victime dispose-t-il de l'action directe du tiers lésé?

b) La subrogation de la créance de réparation directe du tiers lésé

Le *Code civil du Québec* n'affirme pas expressément que l'action directe peut faire l'objet d'une subrogation en faveur de l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance au tiers lésé. Par contre, il consacre d'ordre public les règles relatives à la subrogation établies par le droit commun ainsi que celles en matière d'assurance.³¹⁰ Selon le droit commun, la subrogation opère une mutation de la créance du subrogeant. En d'autres mots, l'assureur devient «(...) créancier du débiteur au même titre et avec les mêmes garanties, droits et privilèges que ceux que détenait le créancier subrogeant. (...) Il y a identité parfaite entre l'ancien lien d'obligation qui existait entre le créancier subrogeant et le débiteur, et le nouveau lien d'obligation qui s'est formé entre le solvens subrogé et le débiteur».³¹¹

306. *Ibid.* à la p. 248, M. le juge Lebel et à la p. 250, M. le juge Rothman.

307. *Ibid.*

308. Selon une récente doctrine, il serait encore possible pour l'assureur d'obtenir une cession conventionnelle de droits en vue de se faire transmettre le droit de poursuivre l'auteur du préjudice : O. Jobin-Laberge, *supra* note 95 à la p. 1114, n° 65.

309. J.-L. Baudouin, *supra* note 6 aux pp. 532-533, n° 950.

310. *Ibid.* Le lecteur peut également se référer aux articles 1402 et 2414 C.c.Q.

311. J.-L. Baudouin, *ibid.*

À partir du principe que le *Code civil du Québec* a institué deux actions distinctes et autonomes³¹² en faveur du tiers lésé, l'assureur du responsable qui a indemnisé ce tiers lésé se voit transmettre à la fois la créance de responsabilité civile et la créance de réparation directe. L'assureur investi des droits de la victime bénéficie donc du choix de recours établi en faveur du tiers lésé sous l'article 2501 C.c.Q.

Avant 1994, la question de savoir si l'action directe pouvait faire l'objet d'une subrogation n'a pas été vraiment débattue. Il importait, d'abord et avant tout, d'identifier la nature de l'action directe selon qu'elle relevait de la procédure ou du droit substantiel. Néanmoins, une certaine doctrine reconnaissait déjà que l'action directe du tiers lésé était transmise à l'assureur par l'opération juridique de la subrogation légale.³¹³

La Cour d'appel a également eu l'occasion de reconnaître, avant 1994, que le droit direct de la victime pouvait être transmis à l'assureur subrogé qui a versé l'indemnité d'assurance. Dans l'arrêt *Dominion*,³¹⁴ l'intimée soutenait que le recours direct institué selon l'article 2603 C.c.B.-C. ne pouvait pas bénéficier à l'assureur. L'intimée faisait valoir que l'action directe s'adresse spécifiquement au tiers lésé, soit la victime en tant que telle. En Cour d'appel, les juges Gendreau et Baudouin ont estimé que l'assureur subrogé dans les droits du tiers lésé pouvait assigner directement l'assureur de l'auteur du préjudice «(...) dans la mesure où bien sûr cet assureur est tenu par son contrat d'assurance de couvrir ce dommage».³¹⁵

312. *Supra* note 73.

313. Selon le professeur Bergeron : «(...) quand l'assureur est subrogé dans les droits de son assuré contre le tiers responsable, cet assureur est nécessairement investi de l'option donnée par l'article 2603 C.c., d'exercer le droit d'action de son assuré contre le responsable ou contre son assureur. L'assuré ne peut retenir sur lui l'exercice de son droit d'action contre l'assureur du responsable.» J.-G. Bergeron, *supra* note 117 à la p. 447. Voir J.-L. Baudouin, *Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 1989 aux pp. 145 et 268, n° 655.

314. *Continental du Canada*, *supra* note 296 à la p. 145.

315. *Ibid.* à la p. 148, M. le juge Gendreau. Voir : *Albany Insurance Company c. Reliable Cartage Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2594 aux pp. 2597-2598.

En France, il ne fait pas de doute que l'action directe peut être subrogée en raison du caractère impératif du droit direct du tiers lésé.³¹⁶ D'après Picard et Besson, une fois que l'assureur a indemnisé la victime, il est subrogé dans les droits de celle-ci et dispose, par conséquent, de l'action directe.³¹⁷ Le professeur Hubert Groutel abonde dans le même sens en affirmant que « *[l]orsque la subrogation joue au profit de l'assureur de la victime, celui-ci reçoit les deux actions [action en responsabilité et action directe] dans la mesure de l'indemnisation qu'il a procurée à son assuré* ». ³¹⁸

Même si l'assurance de choses ne crée pas d'action directe, la jurisprudence de la Cour de cassation reconnaît que l'assureur de choses peut être subrogé dans les droits de son assuré et poursuivre l'auteur de responsabilité de l'auteur du préjudice. Ce principe découle d'une décision de la Cour de cassation de 1889 en vertu de laquelle il fut décidé qu'« *[à] concurrence des sommes qu'il a versées à son assuré, l'assureur de choses peut donc, pour se faire rembourser, exercer contre l'assureur de responsabilité de l'auteur du dommage, l'action directe qui appartenait à son assuré, en sa qualité de victime* ». ³¹⁹ De plus, dans les cas où la victime ne possède pas la qualité d'« assuré », la Cour de cassation considère qu'en dépit du libellé de l'article L. 121-12 C. ass. selon lequel l'assureur est subrogé dans les droits de l'« assuré », la subrogation légale confère à l'assureur du responsable qui paie l'indemnité à la victime les droits de celle-ci contre les co-responsables et contre les tiers responsables pour lesquels l'assureur est tenu. ³²⁰

316. Cass. civ. 1^{re}, 5 avril 1978, Bull. civ. 1978.I.114 à la p. 571, n° 384.

317. M. Picard et A. Besson, *supra* note 130 à la p. 571, n° 384.

318. Cass. civ. 1^{re}, 13 janvier 1987, D. 1987.397 (note H. Groutel).

319. J.-cl. resp. civ., *supra* note 12, n° 68; Cass. civ. 20 février 1889, J.O., 20 fév. 1889; S. 89.législ.549. Cette décision se fonde sur le principe indemnitaire selon lequel la victime ne peut cumuler l'indemnité de son assureur à celle que doit l'assureur de responsabilité de l'auteur du préjudice.

320. Cass. civ. 1^{re}, 7 avril 1987, Bull. civ. 1987.I.92, n° 121; D. 1988.somm.151, obs.H. Groutel. La jurisprudence française considère que les problèmes d'interprétation de l'article L. 121-12 C. ass. qui subroge l'assureur dans les droits de l'assuré, résultent du fait que le texte a été écrit pour les assurances de choses où l'assuré et la victime constituent une seule et même personne. L'intérêt de la question de la subrogation dans les droits de la victime plutôt que dans les droits de l'assuré tient à l'efficacité du recours de la victime sur le plan de la prescription.

Par analogie avec la jurisprudence française, forte de soixante-cinq années de débats portant sur l'action directe, nous croyons que l'assureur qui a indemnisé son assuré peut poursuivre directement l'assureur de responsabilité de l'auteur du préjudice. Nous croyons également que l'assureur qui a indemnisé un tiers lésé qui n'a pas la qualité d' «assuré» est légalement subrogé dans les droits de ce tiers, bénéficiaire exclusif de l'indemnité d'assurance. Refuser la subrogation du recours direct en faveur de l'assureur serait admettre que la subrogation transforme et modifie la créance subrogée de manière à créer de nouveaux liens à l'égard des tiers.³²¹

Suivant le principe que la subrogation légale opère une mutation de la créance du subrogeant, l'assureur qui a indemnisé le tiers lésé est nécessairement investi de la créance de réparation directe de ce même tiers. Il appartient à cet assureur de choisir l'action qu'il lui convient d'exercer comme le lui permet l'article 2501 C.c.Q. Somme toute, le caractère autonome de l'action directe du tiers lésé implique la transmission du droit direct dans le patrimoine de l'assureur qui, après avoir payé l'indemnité, est investi des droits du tiers lésé par l'effet de la subrogation légale. L'assureur peut ensuite faire valoir la créance de réparation directe dans les limites de l'exercice de son recours subrogatoire.

B. Les exceptions au recours subrogatoire de l'assureur

En 1974, l'article 2576 C.c.B.-C.³²² créait une exception au recours subrogatoire afin d'empêcher l'assureur de poursuivre les tiers responsables faisant partie de la maison de l'assuré. Des considérations d'ordre moral et juridique sont à la base de l'adoption de l'interdiction légale en matière de subrogation.

a) Les considérations morales

Les considérations morales constituent sans nul doute la première finalité qui nous vient à l'esprit lors de l'analyse du libellé de l'interdiction de subrogation

321. J.-L. Baudouin, *supra* note 6 à la p. 534, n^{os} 951-952.

322. L'article 2576 C.c.B.-C. correspond maintenant à l'article 2474 C.c.Q.

de l'article 2474, al. 2 C.c.Q. D'un point de vue moral, il est peu probable qu'un assureur poursuive un proche que l'assuré n'aurait pas poursuivi.³²³

En tenant compte des liens familiaux qui unissent l'assuré aux personnes faisant partie de sa maison, l'on comprendra que l'assuré préfère ne pas diriger d'action en responsabilité contre ces personnes.³²⁴ La suppression du recours subrogatoire de l'assuré à l'égard des personnes de la maison crée en quelque sorte une immunité.³²⁵ Le législateur a donc choisi d'empêcher l'assureur d'exercer une action que l'assuré n'aurait pas exercée lui-même.³²⁶

La jurisprudence s'est interrogée sur le sens de l'expression «personnes de la maison» afin d'identifier les personnes qui ne peuvent être poursuivies par l'assureur subrogé. Avant 1974, les personnes de la maison regroupaient les membres de la famille de l'assuré, ses serviteurs et préposés qui avaient coutume d'habiter chez lui.³²⁷ Au fil du temps, la jurisprudence a interprété l'expression «personnes de la maison» dans son sens libéral.³²⁸ Les tribunaux ont alors étendu la notion à des personnes qui, sans nécessairement résider chez l'assuré, entretiennent avec lui des liens privilégiés ou des liens de préposition, même sporadiques.³²⁹

Comme nous le rappelle le juge Gendreau dans l'affaire *Duquette*,³³⁰ l'élargissement à outrance de l'expression n'est pas souhaitable. Selon lui, la

323. *Gagné c. Le Groupe La Laurentienne*, [1990] R.J.Q. 1819 aux pp. 1821-1822, M. le juge Bisson et à la p. 1824, M. le juge Chouinard (C.A.).

324. D. Lluelles, *supra* note 75 à la p. 328.

325. J.-G. Bergeron, *supra* note 117 à la p. 441. Voir Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 aux pp. 384-385, n° 609.

326. *Ibid.* aux pp. 435-436. Le professeur Bergeron observe que l'assuré a peut-être souscrit à une police d'assurance avec l'intention de ne pas ennuyer ses proches.

327. J.-G. Bergeron, *ibid.* aux pp. 432-441.

328. *Ibid.*

329. *Groupe La Laurentienne*, *supra* note 323 aux pp. 1820-1824, M. le juge Bisson (La Cour suprême a rejeté la requête pour autorisation de pourvoi dans l'affaire *Groupe La Laurentienne* (C.S.C. 22105 - 1991 - IRCS); *General Accident Compagnie d'assurances du Canada c. Legault*, [1986] R.J.Q. 311 (C.S.); *Groupe Desjardins Assurances Générales c. Simard*, [1987] R.R.A. 151 (C.S.); *Groupe Desjardins Assurances Générales c. Dorion-McCoubrey*, J.E. 89-643 (C.S.).

330. *Compagnie d'assurances Missisquoi c. Duquette*, [1996] R.J.Q. 1479 à la p. 1485, M. le juge Gendreau.

jurisprudence devrait suivre l'interprétation libérale mais modérée de la dissidence du juge Bisson dans l'affaire *Gagné*,³³¹ ce que la Cour supérieure avait d'ailleurs rappelé récemment dans l'affaire *Martel*.³³² Cette interprétation se rapproche davantage de l'expression «household» qui est utilisée dans la version anglaise de l'article 2576 C.c.B.-C. et reprise sous le libellé de l'article 2474 C.c.Q..³³³

Selon l'expression «household», une relation étroite doit exister entre l'assuré et le responsable afin que celui-ci fasse «partie de la maison» du souscripteur. À défaut d'y retrouver un tel lien, l'interprétation trop large³³⁴ de la notion devient équivoque. Les tribunaux doivent alors jauger à la fois la symbolique du «foyer familial» avec le concept de «maître de maison» et l'importance de sauvegarder des relations de «bon voisinage» ou encore de «bonne camaraderie».

En France, le *Code des assurances* contient une disposition similaire à celle de l'article 2474 al. 2 C.c.Q. qui consiste à supprimer le recours subrogatoire de l'assureur envers les proches de l'assuré. Le recours subrogatoire de l'assureur est cependant permis dans le cas de malveillance commise par le responsable.³³⁵

Selon Picard et Besson, «[o]n a voulu seulement empêcher l'exercice par l'assureur d'une action que, sans l'assurance, l'intéressé n'aurait pas lui-même

-
- 331. *Gagné c. Groupe La Laurentienne*, supra note 323 aux pp. 1820-1824, M. le juge Bisson.
 - 332. *Groupe Commerce c. Martel* (31 mars 1995), Québec 200-05-004018-912 (C.S.) aux pp. 3-5, M. le juge Marquis.
 - 333. L'expression anglaise traduit davantage l'idée de la maisonnée et du ménage domestique. Voir *Cassell's Dictionary*, London, Brooke Crutchley, University Printer, 1974 à la p. 244.
 - 334. *Gagné c. Groupe La Laurentienne*, supra note 323 aux pp. 1823-1824, M. le juge Bernier et aux pp. 1824-1825, M. le juge Chouinard. Les juges Bernier et Chouinard ont interprété l'expression «personnes de la maison» de manière à sauvegarder les relations de bon voisinage.
 - 335. L'article L. 121.12, al. 3 C. ass. se décrit comme suit : «Par dérogation aux dispositions précédentes, l'assureur n'a aucun recours contre les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas de malveillance commise par une de ces personnes.» En dépit du caractère limitatif découlant de l'énumération de l'article L. 121-12 du *Code des assurances*, la jurisprudence française a interprété cet article dans un sens libéral en raison de l'expression «et généralement». De plus, la Cour de cassation a considéré que la résidence n'était pas un facteur essentiel ni limitatif. Cass. civ. 28 octobre 1947, D. 1948.13 (note P.L.P.).

exercée, à raison du lien l'unissant au responsable : la disposition légale repose ainsi sur l'intention probable des contractants».³³⁶ Là aussi, la finalité de l'interdiction légale fait foi du respect des considérations morales unissant l'assuré aux personnes faisant partie de sa maison. Chose certaine, en France, « [l]e droit ne veut pas aller ici contre le pardon ».³³⁷

Il ne fait aucun doute que les considérations morales servent de fondement à l'interdiction de subrogation de l'article 2474 al. 2 C.c.Q. en faveur des personnes de la maison de l'assuré. La doctrine soulève une seconde raison dite «juridique» afin de justifier l'absence de subrogation contre ces personnes.

b) Les raisons juridiques

Les raisons juridiques à la base de l'interdiction de subrogation de l'assureur s'analysent en fonction du contrat d'assurance et du Code civil. Ces motifs mettent en cause la définition d' «assuré» couramment utilisée dans une police d'assurance de responsabilité traditionnelle ainsi que l'application du principe selon lequel l'assureur ne répète pas contre son propre assuré.

Règle générale, les proches de l'assuré sont aussi couverts par la police d'assurance de responsabilité du souscripteur.³³⁸ Ainsi, le terme «assuré» comprendra ordinairement le conjoint, les membres de la famille du souscripteur, les membres de la famille de son conjoint, les personnes âgées de moins de 21 ans à sa garde ou à la garde des autres personnes faisant l'objet de l'énumération.³³⁹ Les assureurs ont pris l'habitude d'étendre la notion d' «assuré» aux personnes de la maison parce qu'il est clair que le souscripteur désire aussi protéger ses proches des conséquences de leur responsabilité civile.³⁴⁰

En étendant la définition d' «assuré» aux personnes de la maison, l'assureur ne peut recouvrer «(...) d'une main ce qu'il doit couvrir de l'autre

336. M. Picard et A. Besson, *supra* note 130 à la p. 505, n° 346.

337. Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1993, D. 1993.235 (note B. Beignier).

338. J.-G. Bergeron, *supra* note 117 aux pp. 81-82.

339. Extrait de la définition d' «assuré» dans la police d'assurance-habitation des Assurances générales Desjardins.

340. J.-G. Bergeron, *supra* note 117 aux pp. 443-444.

main». ³⁴¹ L'interdiction de subrogation empêche donc l'assureur de répéter le montant de l'assurance contre une personne de la maison qui est également couverte par la police d'assurance de l'assuré principal.

Dans le même ordre d'idée, nous pensons que l'interdiction de subrogation de l'article 2474, al. 2 C.c.Q. empêche l'assureur de répéter l'indemnité d'assurance contre les proches de l'assuré parce que ce dernier en est civilement responsable. ³⁴² À ce sujet, Picard et Besson étaient d'opinion que «(...) si on permettait à l'assureur d'agir contre ces personnes et si celles-ci étaient insolvables, l'action rejaillirait sur l'assuré lui-même, en qualité de civilement responsable; et ainsi, par la subrogation, l'assureur pourrait reprendre à l'assuré le montant de l'indemnité. Ces conséquences ne pouvaient être admises». ³⁴³

L'article 2474 al. 2 du *Code civil du Québec*, qui interdit la subrogation de l'assureur envers les personnes de la maison, empêche donc à l'assureur de répéter l'indemnité d'assurance contre ces personnes qui ont aussi la qualité d'«assuré» aux termes du contrat. L'interdiction de subrogation empêche également l'assureur de répéter contre son propre assuré qui possède la qualité de «civilement responsable». ³⁴⁴ De plus, l'assureur est le garant légal des personnes dont l'assuré est responsable. ³⁴⁵ Comment l'assureur pourrait-il s'acquitter valablement de cette obligation s'il lui est possible d'exercer par la suite une action subrogatoire contre les personnes de la maison?

Selon nous, l'argument dit «juridique» est empreint d'un caractère économique puisqu'il veille au respect et à la sauvegarde des intérêts pécuniaires de la famille

341. *Ibid.* à la p. 448.

342. Articles 1459-1464 C.c.Q.

343. M. Picard et A. Besson, *supra* note 130 à la p. 502, n° 344.

344. O. Jobin-Laberge, «La subrogation légale de l'assureur», dans *La responsabilité et les assurances*, Cowansville, Yvon Blais, 1990 aux pp. 25 et 34; Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 aux pp. 383-384, n° 608; B. Beignier, *supra* note 337 à la p. 235.

345. Art. 2464, al 2 C.c.Q. À l'origine de la codification, en 1866, l'assureur était aussi responsable de la faute des serveurs résidant chez l'assuré en vertu de l'article 2979 C.c.B.-C. : «L'assureur est aussi responsable des dommages causés par la faute des serveurs de l'assuré hors de la connaissance et sans le consentement de ce dernier.» Voir É. Lefebvre De Bellefeuille, *Le Code Civil annoté étant le Code civil du Bas-Canada*, Montréal, C.O. Beauchemin & Fils, 1889 à la p. 754.

et des préposés de l'assuré.³⁴⁶ En somme, la protection des relations que l'assuré entretient avec sa famille et ses préposés constitue un objectif majeur sur lequel se fonde l'interdiction de subrogation de l'article 2474 al. 2 C.c.Q.

Dans certaines circonstances, il peut arriver que les «personnes de la maison» de l'assuré soient couvertes par une police d'assurance de responsabilité distincte de celle de l'assuré. Cette situation risque de se présenter de plus en plus fréquemment étant donné l'interprétation élargie de la notion de «personnes de la maison» développée par la jurisprudence.³⁴⁷ En pareil cas, doit-on opposer l'interdiction de subrogation à l'assureur qui, après avoir versé l'indemnité, désire poursuivre directement l'assureur du responsable faisant partie de la maison de l'assuré?

§2. Le caractère prédominant de l'action directe du tiers lésé sur les exceptions à la subrogation de l'article 2474 C.c.Q.

L'affirmation du droit direct du tiers lésé en assurance de responsabilité modifie les droits de l'assureur subrogé qui a payé l'indemnité garantie. Des suites du paiement de l'indemnité au tiers lésé, l'assureur est effectivement investi d'un droit substantiel qui lui permet de faire valoir la créance de réparation directe.

En privant de son recours subrogatoire contre les «personnes de la maison» l'assureur qui a versé l'indemnité, le législateur entendait-il interdire à cet assureur de poursuivre directement le second assureur qui peut aussi couvrir la responsabilité des personnes de la maison? La doctrine a soulevé la question et propose deux interprétations distinctes. La solution que nous privilégions découle de l'affirmation de l'action directe du tiers lésé en assurance de responsabilité et s'appuie sur le caractère d'exception de l'interdiction de subrogation de l'article 2474 C.c.Q.

346. *Supra* note 340.

347. *Supra* notes 323, 329, 330, 332.

A. L'inapplication des fondements de l'interdiction de subrogation à l'assureur

L'assuré, on le sait, n'hésiterait pas à poursuivre l'assureur de l'auteur du préjudice en raison de l'absence de considération morale. À partir de ce principe, il nous semble encore plus évident que deux assureurs peuvent se poursuivre entre eux. Cependant, l'assureur qui a effectué le paiement de l'indemnité est-il en droit de recouvrer la valeur de son paiement en poursuivant l'assureur d'une personne de la maison de l'assuré?

a) L'absence de liens moraux entre assureurs

On comprend facilement que l'argument moral, qui est à la base de l'institution de l'interdiction légale, tombe lorsque deux assureurs se poursuivent entre eux. Les considérations morales ne sont pas opposables à l'assureur parce que seules les personnes physiques peuvent éprouver du repentir envers un proche ou encore le besoin profond de respecter l'esprit de famille.

Par exemple, avant 1994, la jurisprudence a analysé l'applicabilité de l'interdiction de subrogation de l'article 2576 C.c.B.-C. aux personnes morales. Dans l'affaire *Laurentienne Générale Compagnie d'assurances c. De Wolfe*,³⁴⁸ une maison résidentielle, propriété d'une personne morale, avait été assurée par cette dernière. Un incendie a dévasté la chambre de la défenderesse De Wolfe dont le père détenait la compagnie. Pour s'opposer au recours subrogatoire de l'assureur, Josée De Wolfe invoquait contre l'assureur l'interdiction de subrogation qui bénéficie aux personnes de la maison de l'assuré.

La Cour du Québec a cependant refusé d'appliquer l'interdiction de subrogation parce que l'assurée, propriétaire de la maison partiellement incendiée, était une personne morale. La Cour précise qu'«(...) une compagnie

348. *Laurentienne Générale, compagnie d'assurances c. De Wolfe*, [1990] R.R.A. 437 (C.Q.).

ne peut avoir de sentiment ni de préférence». ³⁴⁹ Selon le juge Verdy, il est nécessaire que l'assuré soit capable de sentiments et doté d'émotions pour que l'on oppose l'interdiction de subrogation de l'ancien article 2576 C.c.B.-C. ³⁵⁰ à l'assureur.

Certes, la moralité ne constitue pas un motif pouvant être soulevé entre assureurs. Picard et Besson sont d'ailleurs d'avis que «[c]e motif n'est pas valable pour le recours contre l'assureur du responsable, car la victime n'hésiterait pas à agir contre ce dernier si elle n'était pas assurée personnellement.». ³⁵¹ De plus, Picard et Besson reconnaissent à l'assureur le droit de poursuivre directement l'assureur de responsabilité des personnes de la maison, même en dehors du cas de malveillance. ³⁵²

Afin d'illustrer l'absence de liens moraux entre assureurs, nous jugeons opportun de rapporter l'exemple que livre le professeur français Bernard Beignier en parlant d'un fils qui a la possibilité d'indemniser son père sans être ruiné grâce à l'assurance. Le professeur Beignier s'exprime de la façon suivante :

«Mais si le fils peut indemniser son père sans être ruiné, précisément parce qu'il est assuré, une telle considération ne vaut plus. Le coupable ne risque plus rien. Il serait même scandaleux qu'au bout du compte ce soit la victime, indemnisée par son assureur, qui en vienne à supporter les conséquences de la situation par une possible augmentation de sa prime si son assureur ne peut se dédommager par ailleurs.» ³⁵³

Tout compte fait, l'interdiction légale de l'article 2474 al. 2 C.c.Q. a pour objet d'éviter que l'assureur poursuive une personne que l'assuré n'aurait pas poursuivie. Les assureurs ne sont donc pas justifiés d'invoquer des considérations morales entre eux. Il reste à savoir si les motifs juridiques, justifiant la suppression de l'action subrogatoire contre les personnes de la maison de

349. *Ibid.* à la p. 444.

350. *Ibid.* à la p. 443.

351. M. Picard et A. Besson, *supra* note 130 à la p. 505, n° 346.

352. *Ibid.*

353. B. Beignier, *supra* note 337 à la p. 236.

l'assuré, empêchent l'assureur, qui est investi de l'action directe, de poursuivre l'assureur d'un tiers responsable faisant partie de la maison de l'assuré.

b) L'absence de raison juridique

En général, les proches de l'assuré sont aussi couverts par la définition d' «assuré» dans une police d'assurance de responsabilité traditionnelle.³⁵⁴ Compte tenu de cette définition et de l'interprétation élargie³⁵⁵ de l'expression «personnes de la maison», il se peut qu'un membre de la famille soit aussi couvert par une police d'assurance distincte de celle de l'assuré principal. Il en est de même à l'égard des employés de maison qui peuvent être désignés sous le vocable d' «assuré». Considérant cette possibilité qu'un second assureur couvre aussi la responsabilité des proches et préposés d'un assuré, l'assureur qui a payé l'indemnité répète-t-il contre son propre assuré s'il poursuit directement l'assureur des personnes de la maison de l'assuré?

Dans l'arrêt *Wawanessa*,³⁵⁶ la Cour suprême du Canada a fait des personnes de la maison de véritables assurées possédant un intérêt d'assurance substantiel dans l'ensemble de la maison. Sur la base de ce principe développé par la jurisprudence de la Cour suprême, peut-on soutenir que l'assureur qui a versé l'indemnité fait indirectement ce que la loi lui interdit de faire directement, soit de répéter contre son propre assuré lorsqu'il poursuit l'assureur de responsabilité des personnes de la maison qui sont également des assurées?

D'après nous, les personnes de la maison ne possèdent pas un véritable statut de créancier de l'obligation de garantie de l'assureur, ce qui les distinguent

354. *Supra* notes 338-339.

355. *Supra* note 330.

356. *Cecil Scott c. Wawanessa Insurance Company*, [1989] 1 R.C.S. 1445. Voir : *Agnew-Surpass Shoe Store Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; *Commonwealth Construction c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317. La jurisprudence de la Cour suprême a reconnu un intérêt d'assurance commun dans un ensemble à des coassurés et assurés conjoints avec la conséquence que l'assureur était privé de subrogation puisqu'il ne pouvait pas répéter l'indemnité contre son propre assuré. Cependant, dans les affaires *Commonwealth Construction* et *Agnew-Surpass Shoe Store Ltd.*, contrairement à l'arrêt *Wawanessa*, la police d'assurance comportait une stipulation pour autrui «pour le compte» d'autres assurés.

de l'assuré principal. L'assuré souscripteur est le véritable créancier de l'obligation contractuelle de l'assureur. Par exemple, c'est l'assuré qui doit payer la prime, déclarer les aggravations de risque ainsi que le sinistre. Les personnes de la maison ne sont aucunement liées par de telles obligations envers l'assureur. Leur statut d'«assuré» n'en fait pas non plus des personnes assimilables à un propriétaire devant veiller à la conservation des lieux, contrairement à l'assuré principal.

Étant donné ces distinctions, nous croyons que les personnes de la maison possèdent un intérêt d'assurance d'une nature différente de celle de l'assuré. Selon l'expression du professeur Bergeron,³⁵⁷ les personnes de la maison se voient attribuer la qualité d'«assuré» par commodité. En raison de l'intérêt d'assurance distinct des personnes de la maison, nous sommes d'avis que l'assureur ne répète pas contre son propre assuré lorsqu'il exerce l'action directe contre l'assureur de responsabilité de ces mêmes personnes.

Par ailleurs, on peut ajouter à l'argument fondé sur l'intérêt d'assurance distinct que possèdent les personnes de la maison, l'absence de mandat de représentation entre assureurs et assurés. En conséquence, l'assureur qui a versé le montant de l'indemnité ne risque pas de répéter contre son propre assuré en exigeant un remboursement de l'assureur d'un tiers responsable faisant partie de la maison.

Jusqu'à présent, nous avons démontré qu'aucun argument moral ni juridique ne pouvait être invoqué à l'encontre de l'exercice du recours subrogatoire de l'assureur contre l'assureur du tiers responsable faisant partie de la maison de l'assuré. Toutefois, une décision jurisprudentielle n'est pas favorable à l'exercice de ce recours. La doctrine, quant à elle, est divisée.

B. Le recours direct de l'assureur contre l'assureur du responsable faisant partie de la maison de l'assuré

Au Québec, la jurisprudence antérieure à 1994 a peu abordé la question de la subrogation de l'assureur qui, après avoir effectué le paiement de

357. J.-G. Bergeron, *supra* note 117 à la p. 81.

l'indemnité, désire se faire rembourser par l'assureur d'une personne faisant partie de la maison de l'assuré. Nous verrons que la doctrine alimente davantage la discussion.

a) L'état de la question selon la jurisprudence de la *Saint-Maurice*

Dans l'affaire *Union Canadienne, Compagnie d'assurances c. Saint-Maurice*,³⁵⁸ la Cour supérieure s'est penchée sur la question du recours subrogatoire de l'assureur contre l'assureur de responsabilité d'une personne qui fait partie de la maison de l'assuré. Le juge Moisan a rejeté le recours subrogatoire de l'assureur en raison du caractère strictement procédural de l'action directe. Selon la Cour, la victime ne possède qu'un seul débiteur, l'assuré. Par conséquent, l'assureur ne saurait avoir plus de droits que son assuré. Cette affaire relevait du *Code civil du Bas-Canada*.

Le juge Moisan précise que si l'on accueillait le recours subrogatoire de l'assureur contre l'assureur d'une personne faisant partie de la maison de l'assuré, cela reviendrait à faire de l'assureur de responsabilité un tiers responsable.³⁵⁹ Le magistrat rejette la notion de tiers responsable parce qu'il est d'avis que l'assureur ne joue pas «(...) un rôle déterminant dans la responsabilité des dommages».³⁶⁰ Une certaine doctrine s'inscrit dans le courant de pensée développé par le juge Moisan,³⁶¹ tandis qu'une autre s'y oppose.

b) L'état de la question selon la doctrine québécoise

La question de la subrogation de l'assureur contre l'assureur de la personne de la maison de l'assuré ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs. La thèse favorable au recours de l'assureur se fonde sur les règles de la subrogation,

358. *Union canadienne*, *supra* note 15 aux pp. 5-8, M. le juge Moisan.

359. Le professeur Bergeron fait également référence à la notion de tiers responsable lorsqu'il traite la question de la subrogation de l'assureur contre l'assureur d'une personne faisant partie de la maison de l'assuré. Contrairement au juge Moisan, J.-G. Bergeron affirme qu'il n'hésiterait pas à considérer l'assureur comme un tiers responsable pouvant être poursuivi par action directe. J.-G. Bergeron, *supra* note 117 aux pp. 447-448.

360. *Union canadienne*, *supra* note 15 à la p. 6, M. le juge Moisan.

361. O. Jobin-Laberge, *supra* note 344 à la p. 40.

tandis que la thèse opposée s'appuie sur des considérations propres à l'assurance de responsabilité.

i) La thèse fondée sur la subrogation

Le professeur Bergeron est favorable au recours subrogatoire de l'assureur contre l'assureur du responsable faisant partie de la maison de l'assuré. D'abord, ce professeur soutient qu'en vertu de la subrogation légale, l'«(...) assureur est nécessairement investi de l'option donnée par l'article 2603 C.c. (...)».³⁶² Selon lui, il ne fait aucun doute que l'action directe est transférée dans le patrimoine de l'assureur, par l'opération juridique de la subrogation légale.

Monsieur Bergeron affirme ensuite que l'interdiction de subrogation qui concerne les personnes de la maison de l'assuré protège exclusivement les «tiers responsables».³⁶³ À son avis, la subrogation peut donc se réaliser contre l'assureur de responsabilité des personnes faisant partie de la maison de l'assuré. Cet auteur n'hésiterait pas à considérer l'assureur comme un tiers responsable pour permettre la subrogation de l'assureur contre l'assureur de responsabilité d'une personne de la maison.³⁶⁴ De plus, le professeur souligne qu'aucune raison morale n'empêche des assureurs de se poursuivre entre eux.

L'essentiel de cette thèse consiste à affirmer qu'au moyen de la réalisation de la subrogation légale, l'assureur est investi de deux actions : l'action en responsabilité et l'action directe.³⁶⁵ L'interprétation littérale du libellé de l'interdiction de subrogation et l'absence de moralité entre assureurs justifient l'assureur subrogé, qui a versé l'indemnité, d'exercer l'action directe contre l'assureur des tiers responsables faisant partie de la maison de l'assuré.

362. J.-G. Bergeron, *supra* note 117 à la p. 447.

363. *Ibid.*

364. *Supra* note 359.

365. *Supra* note 318.

ii) La thèse fondée sur l'assurance de responsabilité

La thèse opposée est soutenue par Odette Jobin-Laberge. Selon son interprétation de l'exception de subrogation, l'assureur ne peut être garant du préjudice que l'assuré est tenu de réparer tant que ce dernier n'est pas «légalement tenu de payer» aux termes du contrat d'assurance.³⁶⁶ Madame Jobin-Laberge affirme que «(...) l'assuré ne peut être tenu de payer en réponse à une action subrogatoire puisque l'article 2576 C.c. interdit tout recours contre lui».³⁶⁷

O. Jobin-Laberge développe une argumentation similaire à celle qu'a fait valoir le juge Moisan dans l'affaire *Saint-Maurice*, lorsqu'elle analyse la notion de «tiers responsable» pour contrer l'argumentation inverse. L'auteure refuse donc de considérer l'assureur comme un tiers responsable car l'assureur supporte sa propre dette de garantie.³⁶⁸

En résumé, si l'assuré principal n'intente aucune procédure contre une personne faisant partie de sa maison, l'assureur ne saurait être tenu d'exécuter sa garantie.³⁶⁹ L'assureur n'a évidemment pas plus de droits que son propre assuré. C'est ce qui conduit Mme Jobin-Laberge à affirmer que l'interdiction de subrogation de l'ancien article 2576 C.c.B.-C. empêche l'assureur d'exercer tout recours subrogatoire contre l'assuré.

Sans pour autant faire de l'assureur un tiers responsable, le droit français a tenté d'apporter une solution à la question de la subrogation de l'assureur contre l'assureur de responsabilité d'un proche de l'assuré. La jurisprudence française a débattu cette question pendant longtemps avant de pouvoir la résoudre.

366. O. Jobin-Laberge, *supra* note 344 à la p. 41.

367. *Ibid.* à la p. 40.

368. *Ibid.* Voir *Union canadienne*, *supra* note 15 à la p. 6, M. le juge Moisan. Mme Jobin-Laberge se demande également si l'assureur de choses peut «se transformer» en assureur de responsabilité lorsqu'il recouvre le montant de l'indemnité versée contre l'assureur de responsabilité du tiers. *Ibid.* à la p. 43.

369. *Ibid.*

c) Les hésitations de la jurisprudence française

Dès 1947,³⁷⁰ la jurisprudence française s'est interrogée sur la question de l'exercice de l'action directe par l'assureur subrogé contre l'assureur de responsabilité d'un proche ou d'un préposé de l'assuré. Le débat se situait tantôt du côté de la thèse de l'assurance de responsabilité qui niait le recours de l'assureur, tantôt du côté de la thèse de la subrogation qui, à l'inverse de la première, était favorable à la subrogation de l'assureur. La jurisprudence de la Cour de cassation est demeurée ambivalente pendant près de cinquante ans.

i) Le premier courant rejetant le recours subrogatoire de l'assureur

Vers 1950, la Cour de cassation a rejeté le recours subrogatoire de l'assureur de choses contre l'assureur de responsabilité au motif que l'interdiction de subrogation de l'article L. 121-12, al. 3 du *Code des assurances*³⁷¹ s'appliquait également à l'assureur. La Cour déclarait qu'« (...) à défaut d'une attribution légale de l'indemnité due au responsable, l'assureur de choses n'est investi d'aucun droit propre contre son assureur (...) ».³⁷²

À la suite de cet arrêt, la jurisprudence française a longtemps affirmé que l'assureur subrogé n'a pas plus de droits contre l'assureur du responsable qu'il peut en avoir contre le responsable lui-même. Afin de motiver sa décision, la Cour reconnaissait que tant que l'auteur du préjudice n'était pas soumis aux conséquences de sa responsabilité civile, son assureur n'avait pas plus à l'être.³⁷³ La Cour de cassation faisait aussi valoir que l'interdiction légale en matière de subrogation devait s'étendre à l'assureur étant donné son caractère d'ordre public.³⁷⁴ Ce n'est qu'au début des années quatre-vingts que la jurisprudence a remis en question sa position.

370. Cass. civ., 28 octobre 1947, *supra*, note 335.

371. Art. L. 121-12, al. 3 C. assur., *supra* note 335.

372. H. Groutel, «La boucle est bouclée (À propos des immunités contre un recours subrogatoire)», *Resp. civ. et assur.* 1993.3.chron.3.

373. *Supra* note 318 aux pp. 397-398.

374. *Ibid.*

ii) Le revirement de la jurisprudence française à l'égard des Caisses de Sécurité sociale

La thèse défavorable au recours de l'assureur a prévalu en France jusqu'en 1983 où la Cour de cassation a changé de point de vue.³⁷⁵ Le tribunal a alors accueilli le recours subrogatoire d'une Caisse de Sécurité sociale contre l'assureur du responsable d'un accident de la circulation. Cette décision de la Cour de cassation a été fortement critiquée en raison de l'immunité de responsabilité qui bénéficie aux membres d'une même famille dans le domaine des assurances sociales.³⁷⁶

Pour contester ce revirement de la jurisprudence française, on invoquait également l'absence de préjudice des organismes de sécurité sociale qui ne font qu'exécuter leur obligation légale en versant à la victime leurs prestations à caractère statutaire plutôt qu'indemnitaire.³⁷⁷ La professeure Yvonne Lambert-Faivre observe à ce sujet : *«Les caisses de sécurité sociale sont certes victimes... de leur déficit financier : on n'ose croire que ce soit la vraie raison d'un tel détournement juridique de garantie!»*³⁷⁸

En France, le courant développé du point de vue de l'assurance de responsabilité a pris une importance considérable en raison des immunités qui prévalent entre un employeur et ses préposés ainsi qu'à l'égard des membres d'une même famille. À la différence du Québec, le droit commun de la responsabilité en France immunise l'employeur contre une action en responsabilité civile dirigée par ses préposés et vice-versa.³⁷⁹ Il en est de même dans le domaine du droit des assurances sociales où *«(...) l'unité économique du foyer et la communauté de vie entre époux ne permet pas de considérer le conjoint responsable comme un "tiers"»*.³⁸⁰

375. Cass. civ. Ass. plén., 3 juin 1983, Bull. civ. 1983 Ass. plén., n° 6 à la p. 9, D.1983.Jur.537. (concl.Cabannes).

376. Art. L. 282 *Code des assurances sociales*.

377. Y. Lambert-Faivre, «De la dégradation juridique des concepts de "responsable" et de "victime"», D. 1984.chron.51 à la p. 54.

378. *Ibid.* à la p. 54.

379. Art. L. 451-1 *Code de la sécurité sociale*.

380. P. Jourdain, «Obligations et contrats spéciaux» Rev. trim. dr. civ. 1989.335.

Au Québec, notre système de droit ne prévoit aucune immunité de responsabilité entre commettants et préposés ni entre les membres d'une même famille, encore moins une exonération de responsabilité. Au contraire, en ce qui concerne les préposés, le *Code civil du Québec* prévoit expressément qu'un commettant possède un recours récursoire contre son préposé.³⁸¹ D'ailleurs, avant 1994, la jurisprudence a eu l'occasion de reconnaître que l'employeur avait toujours le droit de poursuivre ses employés.³⁸² C'est ce qui explique pourquoi une certaine doctrine n'étend pas l'expression «personnes de la maison» aux préposés.³⁸³ En ce qui concerne les membres d'une même famille, la jurisprudence québécoise n'a jamais exclu que des parents en ligne directe ou collatérale puissent se poursuivre entre eux.³⁸⁴

Étant donné cette particularité du droit français qui consiste à créer des immunités de responsabilité, la jurisprudence de la Cour de cassation a cherché à savoir si ces mêmes immunités emportaient l'irresponsabilité des personnes visées par l'interdiction de subrogation de l'article L. 121-12, al. 3 C. ass. En 1983, la Cour de cassation a répondu à cette question en affirmant que les immunités de droit commun n'entraînaient pas l'irresponsabilité³⁸⁵ des personnes soumises à l'interdiction. L'assureur était donc admis à poursuivre directement

381. Art. 1463 C.c.Q.

382. *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Ltd.*, [1956] 2 B.R. 180.

383. O. Jobin-Laberge, *supra* note 344 aux pp. 37-39.

384. L'arrêt *Fidelity & Casualty of New York c. Marchand* est sans doute une des premières affaires rencontrées où un tribunal s'est interrogé sur la moralité du recours civil intenté par un fils contre son père. Les propos du juge Mignault sont très évocateurs : «*Before this case was submitted, I may frankly say that I never heard of a civil action by or on behalf of a minor child against his father or mother, claiming damages for injuries caused by negligence of the latter. (...) In the absence of authority to the contrary, the question really is whether an exception founded on family relationship can be admitted in view of the general rule of liability contained in article 1053 of the civil code. This rule is in as wide terms as possible and renders every person capable of distinguishing right from wrong responsible for damage caused by his fault to another. There is here no limitation, no exception of persons, and the class of those to whom compensation is due is as wide as that of the persons on whom liability is imposed. It seems, therefore, sufficient to say "lex non distinguit", however repugnant it may seem that a minor child should sue his father, although it would probably be equally repugnant that a child injured by his father's negligent act, perhaps maimed for his life, should have no redress for the damage he has suffered.*» *Fidelity & Casualty Company of New York c. Marchand*, [1924] R.C.S. 86 à la p. 97, M. le juge Mignault.

385. Cass. civ. Ass. plén., 3 juin 1983, *supra* note 375.

l'assureur du responsable faisant partie de la maison de l'assuré pour se faire rembourser le montant de l'indemnité versée. Malgré cette prise de position de la Cour de cassation, la jurisprudence a fait volte-face en 1988.³⁸⁶

iii) Le retour au premier courant

Le revirement de la Cour de cassation intervient dans le cadre de l'application de la *Loi de Badinter de 1985*.³⁸⁷ La Cour rejette le recours subrogatoire d'un assureur envers l'assureur de responsabilité des membres d'une même famille.

La Cour conclut à la nullité du recours subrogatoire de l'assureur dirigé contre l'assureur de responsabilité des personnes de la maison de l'assuré. Le raisonnement du tribunal consiste à affirmer que le recours subrogatoire priverait l'accidenté de la route de l'intégralité de l'indemnité d'assurance. En effet, la Cour considère que bien que des parents puissent être auteurs d'un accident de la circulation ayant causé la mort de leur enfant, ces parents ont droit à la réparation de leur préjudice découlant du fait du décès de la victime. Or, le recours subrogatoire de l'assureur priverait les parents de l'indemnisation complète qui leur est attribuée pour le décès de leur enfant.

Mais voilà qu'en 1992, la Cour de cassation prend une orientation opposée. Elle accueille le recours subrogatoire de l'assureur contre l'assureur d'un responsable faisant partie de la maison de l'assuré.

386. Cass. civ. 2^e, 13 janvier 1988 et 17 février 1988, D. 1988.Jur.293 (note Groutel).

387. La *Loi de Badinter* est une loi à caractère social visant à réformer les principes de responsabilité civile en matière d'accidents de la circulation ainsi qu'à réglementer l'indemnisation des victimes de tels accidents.

iv) La jurisprudence française change encore d'optique

En janvier 1992, dans une affaire mettant en présence un accidenté de la route, la Cour de cassation accueille le recours subrogatoire de l'assureur d'un coauteur de l'accident contre l'assureur du coauteur du préjudice. Cette fois-ci, la Cour décide que *«(...) si le recours d'un coauteur d'un accident de la circulation contre un coauteur non assuré et parent de la victime peut avoir pour effet de priver directement ou indirectement celle-ci de la réparation intégrale de son dommage, le recours contre l'assureur d'un coauteur, parent de la victime, ne porte aucun préjudice à celle-ci»*.³⁸⁸

Ces revirements successifs de la jurisprudence de la Cour de cassation démontrent jusqu'à quel point le droit français est longtemps demeuré impuissant à résoudre la question de la subrogation de l'assureur contre l'assureur d'un responsable faisant partie de la maison de l'assuré. Tour à tour, les thèses fondées sur la subrogation et sur l'assurance de responsabilité se sont succédé sans que la jurisprudence n'établisse de faille déterminante dans l'un ou l'autre des raisonnements.

Les thèses développées par la jurisprudence française sont intéressantes. En effet, les deux courants jurisprudentiels qui ont été longuement débattus en France correspondent en substance aux thèses soutenues au Québec par le professeur J.-G. Bergeron et par madame O. Jobin-Laberge. Cette comparaison entre le droit français et québécois est d'autant plus intéressante depuis que la France a réussi à se sortir de l'impasse en abordant la question différemment.

388. Cass. civ. 2^e, 8 janvier 1992, Resp. civ. et assur. 1992.comm.96. Voir G. Viney, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation*, Paris, L.G.D.J., 1992 aux pp. 80-83, n^{os} 59-60.

d) La solution française s'appuyant sur le caractère d'exception de l'interdiction de subrogation

Malgré le renversement jurisprudentiel de janvier 1992, par lequel la Cour de cassation a accueilli le recours subrogatoire de l'assureur,³⁸⁹ le débat n'était pas pour autant achevé. Ce n'est qu'en décembre 1993 que la première chambre civile mit fin à la controverse qui durait depuis quarante-six ans. La jurisprudence française a alors envisagé selon un nouveau point de vue la question de la subrogation de l'assureur contre l'assureur d'un proche de l'assuré.

L'affaire du 8 décembre 1993³⁹⁰ a permis à la Cour de cassation de présenter une nouvelle solution à la question de la subrogation de l'assureur contre l'assureur des proches ou préposés de l'assuré. Cette affaire de décembre 1993 concernait un préposé, M. Coutant, qui s'était vu attribuer un logement dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. Un incendie est survenu dans l'appartement du préposé et l'assureur de l'employeur a indemnisé M. Coutant. Par la suite, l'assureur a logé une action subrogatoire auprès de la M.G.A., l'assureur du préposé. La Cour a accueilli le recours subrogatoire de l'assureur contre l'assureur du responsable faisant partie de la maison de l'assuré.

Afin de trancher le débat, la Cour de cassation s'est inspirée de la solution apportée au problème d'interprétation des renonciations à recours. Le professeur Groutel note que les développements jurisprudentiels rattachés à l'interprétation des renonciations à recours³⁹¹ ont apporté un éclairage important au problème de la subrogation de l'assureur contre l'assureur d'un proche ou d'un préposé de l'assuré.³⁹² Les renonciations à recours ont été interprétées comme un mécanisme d'immunité par lequel « (...) *l'auteur de la renonciation désigne les bénéficiaires de l'immunité, et le silence gardé à l'égard de l'assureur du responsable éventuel laisse la possibilité de recourir contre lui*». ³⁹³

389. *Ibid.*

390. Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1993, D. 1994.Jur.235.

391. Cass. civ. 1^{re}, 13 janvier 1987, R.G.A.T. 1987.44.

392. H. Groutel, *supra* note 372 à la p. 3.

393. *Ibid.* Voir Cass. civ. Ass. plén., 23 mai 1973, Bull. civ. 1973. I., n° 3; Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1993, Resp. civ. et assur. 1993.comm.317; H. Groutel, «L'affirmation d'une doctrine de la Cour de cassation en matière de renonciations à recours» Resp. civ. et assur. 1993.1-2.chron.30; H. Groutel, «Les recours entre coauteurs (suite - et fin?)», D. 1992.chron.19.

Considérant le courant suivi en matière de renonciations à recours, la Cour de cassation a décidé, dans l'affaire du 8 décembre 1993, que l'immunité légale en matière de subrogation contre les proches et préposés de l'assuré devait être interprétée de façon restrictive. La Cour a conclu que l'immunité «(...) édictée par le 3^e al. de l'article L. 121-12 C. ass. ne bénéficie qu'aux personnes visées au texte et ne fait pas obstacle à l'exercice, par l'assureur qui a indemnisé la victime, de son recours subrogatoire contre l'assureur de responsabilité de l'une de ces personnes (...)».³⁹⁴

La doctrine française vient préciser que l'interprétation restrictive, mise de l'avant par la jurisprudence, fait en sorte que l'exception de subrogation de l'article L. 121-12, al. 3 C. ass. n'a pas pour effet d'éteindre la dette de responsabilité des personnes énumérées à l'article susmentionné.³⁹⁵ Ainsi, si l'on se place du point de vue de l'assuré, l'immunité en matière de subrogation suppose que «*le responsable est bien responsable mais n'en supporte pas les conséquences*».³⁹⁶

À cet égard, le professeur Beignier soutient que l'article L. 121-12, al. 3 C. ass. ne crée pas une «irresponsabilité» de droit mais plutôt une immunité en faveur du responsable alors à l'abri d'une poursuite en responsabilité.³⁹⁷ Quant au professeur Groutel, il abonde dans le même sens lorsqu'il affirme que l'interdiction légale de l'article L. 121-12, al. 3 C. ass. paralyse le recours en responsabilité de la victime sans toutefois exonérer le responsable de sa dette de responsabilité. Le professeur Groutel s'exprime en ces mots :

*«Au contraire, avec les immunités, le droit à une réparation existe dans son principe et, pour qu'une difficulté se rencontre, il faut même supposer que les conditions en sont réunies. L'action contre le responsable est simplement paralysée, mais rien n'empêche, a priori, de sous-tendre une action contre l'assureur.»*³⁹⁸

394. H. Groutel, *supra* note 372.

395. Cette prise de position confirme la théorie française selon laquelle la dette de responsabilité de l'assuré ne naît pas de la réclamation d'un tiers. *Supra* notes 142-143.

396. B. Beignier, *supra* note 337 à la p. 236.

397. *Ibid.*

398. H. Groutel, *supra* note 393 à la p. 20.

Nous croyons qu'il est important de préciser que la Cour de cassation n'a pas conclu au caractère d'exception de l'immunité en raison du libellé de l'article L. 121-12, al. 3 C. ass. qui consiste à dresser une énumération des personnes visées. La Cour fonde son interprétation restrictive de l'interdiction de subrogation sur le fait que l'immunité légale est une «(...) *exception du droit de la responsabilité civile à un principe du droit des assurances. (...) L'exception du droit de la responsabilité : c'est cette anomalie qui fait qu'une victime ne poursuit pas le coupable. Le principe du droit des assurances : c'est le recours subrogatoire habituel de l'assureur de la victime contre le tiers responsable ou son assureur*».³⁹⁹

Au Québec, le recours subrogatoire de l'assureur constitue aussi un principe du droit des assurances et sa suppression, une exception. Par analogie avec le droit français, il y a lieu de s'interroger sur le caractère d'exception de l'interdiction de subrogation de l'article 2474, al. 2 C.c.Q.

e) **L'applicabilité de la solution française au Québec**

L'analyse du libellé de l'article 2474 C.c.Q. exprime bien l'intention du législateur d'établir, comme règle générale, la subrogation de l'assureur et, comme exception, la réserve concernant l'interdiction de subrogation contre les personnes de la maison.⁴⁰⁰ Cela signifie-t-il que l'interdiction légale en matière de subrogation doit être interprétée de façon restrictive à l'instar du développement jurisprudentiel français portant sur l'interprétation de l'exception de subrogation?

Aux termes de l'article 2474, al. 2 C.c.Q. l'assureur «(...) *ne peut jamais être subrogé contre les personnes qui font partie de la maison de l'assuré*». Doit-on déduire de ce principe que les personnes de la maison de l'assuré ne sont plus «tenues de payer» leur dette de responsabilité? D'après nous, les personnes de la maison ne sont pas libérées de leur dette de responsabilité. Seul l'exercice du recours subrogatoire de l'assureur est paralysé contre les personnes de la maison de l'assuré.

399. B. Beignier, *supra* note 337 à la p. 236. Aussi H. Groutel, *supra* note 372 à la p. 3.

400. D. Lluelles, *supra* note 75 aux pp. 328-330.

À ce sujet, J.-G. Bergeron considère que l'interdiction de l'article 2474, al. 2 C.c.Q. crée une «exemption»⁴⁰¹ de subrogation en faveur des personnes de la maison de l'assuré. Vu comme une exemption, l'article 2474 C.c.Q. n'établirait qu'une simple interdiction d'agir contre les personnes ou préposés entretenant un lien privilégié avec l'assuré.

Le professeur Groutel précise d'ailleurs qu'«(...) en présence d'une simple interdiction d'agir contre certaines personnes, alors que la dette existe, le sort de leur assureur de responsabilité peut être conditionné par les raisons qui ont fait instituer ou stipuler l'immunité».⁴⁰² Il importe donc de cerner les raisons qui sont à la base de l'interdiction de subrogation de l'article 2474 C.c.Q.

Au Québec, la raison majeure à la base de l'interdiction de l'article 2474, al. 2 C.c.Q. consiste à éviter que l'assureur exerce une action contre un proche de l'assuré alors que ce dernier ne l'aurait pas fait.⁴⁰³ Rappelons-nous que ni la moralité, non plus que les règles relatives à la responsabilité du fait d'autrui, ne font obstacle au recours de l'assureur contre l'assureur du responsable faisant partie de la maison de l'assuré. De plus, l'ordre public ne s'oppose pas à ce même recours subrogatoire puisque l'objet de l'interdiction légale est d'éviter qu'une action soit dirigée contre un proche ou préposé de l'assuré.⁴⁰⁴

En interprétant l'article 2474, al. 2 C.c.Q. comme une simple interdiction d'agir contre certaines personnes, autrement dit comme une immunité, on admet nécessairement le recours subrogatoire de l'assureur, qui a payé la victime, contre l'assureur du tiers responsable faisant partie de la maison de l'assuré. Le professeur Lluelles semble également d'opinion que l'interdiction légale constitue une **immunité** à l'égard des tiers responsables que l'assuré n'aurait probablement pas poursuivis.⁴⁰⁵

Selon cette approche inspirée du droit français, il est possible d'éviter les longs débats auxquels peuvent nous conduire les deux thèses respectivement

401. J.-G. Bergeron, *supra* note 117 à la p. 440.

402. H. Groutel, *supra* note 372 à la p. 3.

403. *Supra* notes 323-324.

404. *Ibid.*

405. D. Lluelles, *supra* note 75 aux pp. 328-329.

fondées sur la subrogation (J.-G.Bergeron) et sur l'assurance de responsabilité (O. Jobin-Laberge).⁴⁰⁶ Compte tenu du but visé par le libellé de l'article 2474, al. 2 C.c.Q., qui est d'éviter que l'assureur ne poursuive un proche de l'assuré, nous sommes d'avis que l'interdiction légale doit recevoir une interprétation restrictive, par analogie avec le droit français.

Le caractère autonome de l'action directe du tiers lésé fonde l'admissibilité du recours direct de l'assureur subrogé qui a versé l'indemnité, contre l'assureur du responsable faisant partie de la maison de l'assuré. En effet, n'eût été l'affirmation de l'autonomie de l'action directe du tiers lésé, l'assureur subrogé ne saurait être investi de cette action pour se faire rembourser le montant de l'indemnité d'assurance. L'action directe se distingue donc nettement de l'action en responsabilité civile depuis la réforme du Code civil.

La doctrine française observe, à ce propos, qu'une **distance** s'installe entre l'action en responsabilité et l'action directe, ce qui marque de plus en plus leur autonomie respective.⁴⁰⁷ Selon la doctrine française, ce phénomène entraîne la dissociation de deux responsabilités : la responsabilité civile d'une part et la responsabilité en matière d'assurance de l'autre.⁴⁰⁸

Au Québec, depuis la réforme du Code civil en 1994, l'assurance de responsabilité a pris un tournant similaire à celui de l'assurance de responsabilité en France.⁴⁰⁹ Aux termes de l'article 2396 C.c.Q., l'objet de l'assurance de responsabilité est sans nul doute de garantir la dette de responsabilité de l'assuré

406. *Supra* notes 366-367.

407. B. Beignier, *supra* note 337 aux pp. 236-237; H. Groutel, *supra* note 372 à la p. 3; H. Groutel, «La distance entre l'action directe contre l'assureur de responsabilité et l'action contre le responsable» *Resp. civ. et assur.* 1992.3.chron.29.

408. B. Beignier, *supra* note 337 aux pp. 236-237.

409. Selon le professeur Groutel, «(...) il va falloir, peu à peu, revoir l'analyse qui était faite jusqu'à présent, de l'assurance de responsabilité. Il n'y a pas grand chose de commun entre la doctrine affirmée dans l'arrêt du 26 mai 1993 [sur les renonciations à recours] et l'extrait suivant de Picard et Besson : "Les assurances de responsabilité ont pour but de garantir l'assuré contre les recours exercés contre lui par des tiers à raison du préjudice qu'il a pu leur causer et qui engage sa responsabilité; (...) Ce n'est pas le dommage subi par le tiers que l'assureur répare, mais celui que subit l'assuré, du fait qu'il est débiteur envers ce tiers de dommages-intérêts".» H. Groutel, «L'affirmation d'une doctrine de la Cour de cassation en matière de renonciations à recours», *supra* note 393 à la p. 1.

envers les tiers lésés. Toutefois, il se greffe à ce principe une finalité tout aussi importante : la protection des droits des tiers lésés. L'adoption des principes garantissant la protection minimale des droits des tiers lésés dans le domaine de l'assurance de responsabilité en est l'expression majeure.⁴¹⁰

À la lumière de la nouvelle finalité de l'assurance de responsabilité, nous croyons qu'il faut accorder à la réforme son entière portée. La reconnaissance des conséquences de l'autonomie de l'action directe sur les droits que possède l'assureur subrogé pour recouvrer le montant de l'indemnité versée s'inscrit dans cette perspective.

L'affirmation du caractère autonome de l'action directe du tiers lésé se répercute également sur l'extinction du droit direct du tiers lésé en assurance de responsabilité. À ce sujet, nous verrons que la durée de l'action directe ne coïncide pas nécessairement avec la durée de l'action en responsabilité de la victime.

§3. Le caractère autonome de l'extinction de l'action directe du tiers lésé

Depuis 1994, l'action directe assure sans nul doute la protection des droits des tiers lésés.⁴¹¹ Cette transformation de l'assurance de responsabilité consacre le fondement de la créance directe dans le droit à réparation du préjudice de la victime. Le fondement du droit direct du tiers lésé dans le droit à réparation de la victime suppose qu'en principe, le moment de l'extinction du droit direct du tiers lésé correspond aussi à celui de l'extinction de la créance de responsabilité de la victime.

A. La prescription de l'action directe du tiers lésé

Avant 1994, la jurisprudence considérait que l'article 2603 *C.c.B.-C.* n'établissait aucun droit substantiel en faveur du tiers lésé. Suivant ce principe, les tribunaux ont décidé que le délai de prescription de l'action directe ne

410. *Supra* notes 71 et 73.

411. *Supra* note 73 à la p. 78.

pouvait pas correspondre au délai d'un an applicable aux actions fondées sur la responsabilité civile.⁴¹² Le recours direct du tiers lésé se prescrivait donc selon un délai de trois ans⁴¹³ puisqu'il ne pouvait dériver que du contrat d'assurance.⁴¹⁴ Depuis 1994, il est clair que le fondement de l'action directe du tiers lésé est issu du droit à réparation de la victime. Cela explique que le délai de prescription du recours direct correspond à celui de l'action en responsabilité.⁴¹⁵

La prescription de l'action directe variera selon la nature de la créance directe. Si l'action directe fait valoir un droit réel immobilier ou un droit résultant d'un jugement, la prescription sera décennale.⁴¹⁶ Par contre, si l'action directe se rapporte à un droit personnel ou à un droit réel mobilier, la prescription sera triennale.⁴¹⁷

Le jour marquant le point de départ de la prescription de l'action directe du tiers lésé est le même que celui de l'action en responsabilité. La computation du délai débutera donc au jour du préjudice ou au jour où le préjudice apparaît pour la première fois, s'il en est un qui se manifeste graduellement ou tardivement.⁴¹⁸ Quant au *dies ad quem*, il correspondra au jour où la prescription décennale ou triennale sera acquise selon le droit commun.

Dans l'hypothèse où l'assureur poursuit directement l'auteur de l'auteur du préjudice par suite de la subrogation, le délai de prescription applicable correspondra à celui qui se rapporte aux droits du subrogeant.⁴¹⁹ Cependant, le *dies a quo* relatif à la prescription de l'action subrogatoire de l'assureur sera différent de celui des actions directe et en responsabilité. Il en est ainsi parce que «[d]e toute évidence, la prescription d'une action ne saurait commencer à

412. Art. 2262, par. 2 C.c.B.-C.

413. Art. 2495 C.c.B.-C.

414. *Supra* note 271 à la p. 723; *Provinces-Unies, compagnie d'assurances c. Laurentienne Générale, compagnie d'assurances*, [1990] R.J.Q. 1304 (C.S.); *Albany Insurance Company c. Reliable Cartage Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2594 aux pp. 2597-2598 (C.S.).

415. O. Jobin-Laberge, *supra* note 95 aux pp. 1160-1161, n° 249; D. Lluelles, *supra* note 75 à la p. 343.

416. Art. 2923 C.c.Q.

417. Art. 2925 C.c.Q.

418. Art. 2926 C.c.Q.

419. *Trépanier c. Plamondon*, [1985] C.A. 242.

courir avant que ne soit né le droit d'y recourir». ⁴²⁰ C'est ce qui explique pourquoi le jour marquant le point de départ du délai de prescription de l'action subrogatoire de l'assureur correspond à la date du paiement de l'indemnité. ⁴²¹

Il ne fait aucun doute que l'ancien délai de prescription applicable aux contrats d'assurance n'est plus justifié depuis l'adoption du *Code civil du Québec*. Le fondement de la créance directe dans le droit à réparation de la victime sert aussi à déterminer les causes d'extinction du recours direct du tiers lésé.

B. Les modes d'extinction de l'action directe du tiers lésé

Puisque la créance directe naît du droit à réparation de la victime, ⁴²² les différentes causes d'extinction de la créance de responsabilité affectent également la créance directe du tiers lésé. L'extinction de la créance de la victime a donc pour effet d'éteindre la créance directe du tiers lésé. Par exemple, la remise de dette, la renonciation, la reconnaissance de dette, la prescription, la compensation et la confusion constituent des modes d'extinction de la créance de la victime et, par voie de conséquence, de la créance directe du tiers lésé.

En France, malgré les causes d'extinction communes à l'action directe et à l'action en responsabilité, une certaine jurisprudence considère que l'extinction de la créance directe se distingue de celle de l'action en responsabilité. ⁴²³ Ce récent développement jurisprudentiel relatif au mode d'extinction qu'est la confusion fait apparaître l'autonomie de l'extinction de l'action directe du tiers lésé.

420. *Morin c. Canadian Home Assurance Company*, [1970] R.C.S. 561 à la p. 565, M. le juge Fauteux.

421. *Transport Indemnity Company c. Paquin*, [1972] C.S. 704 à la p. 710, M. le juge Fortin., conf. par 500-09-00667-72 (C.A.).

422. *Supra* notes 113, 117, 120 et 127.

423. H. Groutel, *supra* note 268 à la p. 2.

L'affaire *La Paternelle*⁴²⁴ illustre ce développement de la jurisprudence française portant sur le caractère autonome de l'extinction du droit direct. En l'espèce, mari et femme sont décédés des suites d'un accident d'automobile laissant derrière eux des enfants orphelins. Ces derniers possédaient à la fois les qualités d'héritiers et de demandeurs dans le cadre d'une action directe dirigée contre l'assureur de leurs parents. La Cour de cassation décide que la qualité d'héritiers importe peu puisque les enfants exercent l'action directe. D'après la Cour, le mode d'extinction qu'est la confusion ne prive pas les tiers lésés d'exercer leur créance directe contre l'assureur.

Tel que l'observe le professeur Hubert Groutel, d'ailleurs favorable à cette nouvelle direction, il est nécessaire de mettre quelque distance entre l'action directe et l'action en responsabilité de manière à «(...) *occulter en quelque sorte l'action en responsabilité, pour ne plus voir que l'action directe contre l'assureur*». ⁴²⁵ En faisant abstraction de la créance de responsabilité pour ne voir que la créance directe, H. Groutel est d'avis que la victime n'est plus considérée comme créancière de la succession. ⁴²⁶ Par conséquent, on ne peut plus reprocher à la victime d'être débitrice envers elle-même. Cette solution devient alors avantageuse pour les victimes héritières puisqu'elles peuvent toucher l'indemnité d'assurance.

D'après nous, ce précepte témoigne d'un grand respect de l'autonomie de l'action directe par rapport à l'action en responsabilité car la solution retenue par la jurisprudence française reconnaît que le droit direct du tiers lésé se détache de la créance de responsabilité civile et mène une existence autonome jusqu'à sa propre extinction. Néanmoins, nous croyons qu'il est encore tôt pour que le droit québécois accepte d'occulter l'action en responsabilité, lorsqu'il y a confusion par exemple, pour n'y voir que l'action directe du tiers lésé. Cependant, on ne peut nier l'autonomie de la prescription de l'action directe du tiers lésé depuis 1994.

C. L'autonomie de la prescription du recours direct du tiers lésé

424. Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1992, Resp. civ. et assur.1992. comm.335.

425. H. Groutel, *supra* note 398.

426. *Ibid.*

L'action directe du tiers lésé se prescrit selon un délai identique à celui de l'action en responsabilité de la victime. Toutefois, la prescription du recours direct suit son propre cours, jusqu'à l'extinction de la créance de réparation directe du tiers lésé. C'est en raison du caractère autonome de l'action directe du tiers lésé que la prescription de l'action directe acquiert toute son autonomie.

a) L'absence d'interruption de prescription

En raison de l'absence de solidarité entre l'assureur qui est directement poursuivi et l'auteur du préjudice, la prescription de l'action directe n'interrompt pas celle de l'action en responsabilité, et vice-versa. À cet égard, madame Jobin-Laberge considère qu'il serait risqué pour le tiers lésé de laisser prescrire l'une ou l'autre action qu'il n'aura pas choisi d'exercer immédiatement.⁴²⁷

Nous croyons également que le tiers lésé devrait se montrer prudent puisqu'il n'existe aucune solidarité entre l'assureur *solvens* et l'auteur du préjudice.⁴²⁸ En effet, la solidarité doit être expressément stipulée par les parties ou par la loi.⁴²⁹ Or, les dispositions relatives à l'assurance de responsabilité n'en stipulent aucune. En principe, le dépôt de l'action directe du tiers lésé ne devrait donc pas influencer le sort de la prescription de l'action en responsabilité de la victime.

Néanmoins, aux termes de l'article 2501 C.c.Q. qui consacre le cumul des recours du tiers lésé, une solidarité imparfaite⁴³⁰ existe entre l'assureur de l'auteur du préjudice et ce dernier. Cette solidarité imparfaite s'explique par le fait que l'assureur et le responsable, bien qu'ils possèdent leur dette respective,⁴³¹ demeurent tenus à des prestations identiques. L'action en responsabilité ou l'action directe permettent effectivement au tiers lésé d'obtenir l'intégralité de la

427. O. Jobin-Laberge, *supra* note 95 à la p. 1160, n° 248.

428. Art. 2900 C.c.Q. Aussi : *Couture c. Halifax Fire Insurance Company*, (1938) 64 B.R. 448; *Morgan and Company c. North British and Mercantile Insurance Company*, (1940), 69 B.R. 511; *Brousseau c. Choinière*, [1976] C.S. 950.

429. Art. 1525 C.c.Q.

430. «L'obligation in solidum implique (...) que chaque débiteur doit (...) une chose identique à celle à laquelle [son coobligé] est tenu.» M. Tancelin, «Chronique de jurisprudence» (1970) 11 C. de D. 594 à la p. 596.

431. I. Parizeau, *supra* note 56 à la p. 132; J.-G. Bergeron, *supra* note 52 à la p. 396.

réparation de son préjudice. Il y a donc identité d'**objets** mais différenciation de **causes**⁴³² entre l'action en responsabilité de la victime et l'action directe du tiers lésé.

L'existence d'une obligation *in solidum* entre l'auteur du préjudice et son assureur de responsabilité implique que chacun d'eux soit obligé au tout.⁴³³ Par conséquent, le paiement fait par l'un des débiteurs libère l'autre de son obligation.⁴³⁴ L'indemnisation complète du tiers lésé par l'assureur éteint donc l'obligation du responsable et la réparation de l'entier préjudice de la victime par le responsable éteint l'obligation de garantie de l'assureur.

Malgré les causes d'extinction et les délais de prescription communs⁴³⁵ à l'action en responsabilité et à l'action directe, l'absence de solidarité entre ces deux actions suppose que chacune d'elles possède une extinction qui lui est propre. C'est ce qui explique que le déroulement de la prescription de l'action directe du tiers lésé est distinct de celui de l'action en responsabilité de la victime.

432. Y. Lambert-Faivre, *supra* note 84 à la p. 450, n° 695.

433. J.-L. Baudouin, *supra* note 6 aux pp. 493-494, n°s 871-872.

434. Jean Pineau, «Théorie des obligations», dans *La réforme du Code civil*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, aux pp. 9 et 129-133, n°s 131-132.

435. *Supra*, Chapitre 2, § 3, A. et B.

b) L'étendue de la prescription de l'action directe du tiers lésé

Le recours direct du tiers lésé est soumis aux mêmes causes d'interruption ou de suspension de prescription que toute autre action civile. Ainsi, le dépôt⁴³⁶ de l'action directe, la reconnaissance de dette de l'auteur du préjudice,⁴³⁷ l'impossibilité de droit ou de fait de pouvoir agir⁴³⁸ peuvent interrompre ou suspendre la prescription de l'action directe, selon le cas. En raison de l'autonomie du recours direct du tiers lésé, les causes d'interruption ou de suspension de la prescription du recours ne sauraient affecter le cours de la prescription de l'action en responsabilité.

Le tiers lésé, on le sait, n'a pas à exercer simultanément le recours direct et l'action en responsabilité. Il est alors possible que le délai de prescription du recours direct soit suspendu indépendamment du déroulement de l'action en responsabilité. L'action directe du tiers lésé pourra donc s'éteindre au-delà du jour marquant l'extinction de l'action en responsabilité. Toutefois, au bout du compte, la durée utile de la prescription du recours direct devrait demeurer triennale ou décennale selon la nature de la créance.

En France, les tribunaux ont ajouté aux phénomènes de suspension et d'interruption des délais de prescription de l'action directe la possibilité de prolonger la durée du recours direct au-delà de la période de prescription normalement prévue par la loi.⁴³⁹ La jurisprudence française reconnaît que le délai de prescription de l'action directe se prolongera aussi longtemps que l'assuré peut exercer son recours en garantie contre son assureur.

La théorie française de prolongation de l'action directe du tiers lésé est la conséquence de l'application du principe jurisprudentiel selon lequel «(...) *l'action directe de la victime, qui trouve son fondement dans le droit de celle-ci à réparation de son préjudice, peut être exercée contre l'assureur de responsabilité aussi longtemps que celui-ci est exposé au recours de son assu-*

436. Art. 2892 C.c.Q.

437. Art. 2898 C.c.Q.

438. Art. 2904 C.c.Q.

439. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1986, D. 1987.somm.183 (note H.Groutel); J.-cl. resp. civ., *supra* note 12, n^{os} 53-54; Cass. civ. 1^{re}, 13 février 1996, Resp. civ. et assur.1996.16-17.comm.151.

ré». ⁴⁴⁰ La Cour de cassation a décidé que la prolongation de l'action directe ne peut cependant excéder le délai de deux ans applicable à l'action en garantie. ⁴⁴¹

En d'autres mots, la théorie française portant sur la prolongation de la prescription de l'action directe a été créée par la jurisprudence afin que l'assureur respecte son obligation de conserver efficacement l'indemnité d'assurance au bénéfice exclusif de la victime. ⁴⁴² Le droit français permet donc à la victime de contraindre l'assureur à lui verser l'indemnité d'assurance tout au long de la période de prolongation. ⁴⁴³ Nous pensons que la question de la prolongation du délai de prescription de l'action directe peut également se poser en droit québécois depuis que la loi a consacré l'autonomie du droit direct du tiers lésé afin de garantir une indemnisation efficace à ce dernier.

Le caractère autonome de l'action directe du tiers lésé se reflète à travers le déroulement de la prescription de la créance de réparation directe. En effet, le recours direct du tiers lésé possède ses propres causes de suspension et d'interruption de prescription, indépendamment du cours de la prescription de l'action en responsabilité. Bien que l'action en responsabilité et l'action directe trouvent toutes deux leur fondement dans le droit à réparation de la victime, il demeure qu'elles suivent des voies distinctes jusqu'au jour de leur extinction respective. L'adoption du *Code civil du Québec* aura donc permis à l'action directe du tiers lésé de se démarquer de l'action en responsabilité dans le but d'assurer la protection des droits des victimes dans le domaine de l'assurance de responsabilité.

440. Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1993, Resp. civ. et assur. 1993.comm.181.

441. Voir art. L. 114-1 C. ass.; Cass. civ. 3^e, 22 juillet 1987, D. 1988.somm.151 (note H. Groutel); Cass. civ. 1^{re}, 13 février 1996, *supra* note 439.

442. *Ibid.*

443. Paris, 8^e Ch.B., 20 sept. 1989, Resp. civ. et assur. 1993.Comm.181.

CONCLUSION

En principe, l'objet de l'assurance de responsabilité est de garantir la dette de responsabilité de l'assuré. Le *Code civil du Québec* ajoute un second objectif, soit la protection des droits des tiers lésés. La reconnaissance du caractère autonome du droit direct et la création du régime de protection d'ordre public fournissent d'ailleurs les fondements à la transformation du rôle social de l'assurance de responsabilité. Sur cet aspect, le droit québécois prend une direction similaire à celle de la France lorsqu'il accorde à l'assurance de responsabilité le rôle de garantir la créance d'indemnisation des victimes.

L'affirmation du caractère hybride du droit direct du tiers lésé prend une importance pratique considérable en présence de parties liées par une police à base de réclamation. On a vu qu'en général les droits des tiers lésés sont réduits lorsque l'assureur limite la couverture en fonction de la réclamation de la victime. En effet, les trous de garantie inhérents aux clauses à base de réclamation portent atteinte aux droits des victimes. Celles-ci peuvent être privées d'exercer leur action directe alors que la prescription n'est pas encore acquise.

La consécration de l'action directe du tiers lésé en un droit substantiel, protégé par l'ordre public, remet en question l'étendue de la liberté contractuelle des assureurs. Les assureurs devront à tout le moins apporter une attention particulière aux droits des tiers lésés lors de la rédaction de clauses limitatives de garantie basées sur le concept de la réclamation. L'affirmation du droit direct du tiers lésé a donc pour effet de restreindre les droits des assureurs à l'égard des clauses qui limitent la durée de la garantie dans le temps.

D'un autre point de vue, l'affirmation de l'autonomie du droit direct du tiers lésé élargit les droits de l'assureur. Cela s'explique par le fait que l'assureur subrogé est maintenant investi de la créance directe contre l'auteur du préjudice. Cet élargissement des droits de l'assureur subrogé qui a payé l'indemnité nous a amenés à nous interroger sur l'applicabilité des exceptions au droit de subrogation contre les personnes de la maison de l'assuré.

À cet égard, nous avons établi que seules les personnes de la maison sont visées par l'interdiction de subrogation étant donné que le caractère d'exception de l'interdiction de subrogation appelle une interprétation restrictive de la suppression du recours subrogatoire de l'assureur. En conséquence, nous avons conclu que l'assureur qui a payé l'indemnité peut, s'il y a lieu, poursuivre directement l'assureur qui garantit aussi la responsabilité des personnes de la maison de l'assuré.

Les conséquences de l'affirmation de l'action directe sur les droits de l'assureur subrogé et la prédominance des droits des tiers lésés en présence de parties liées par une police à base de réclamation constituent deux implications majeures découlant de la nature autonome du droit direct du tiers lésé en assurance de responsabilité. L'action directe n'est plus un droit de procédure. En ayant transformé le droit direct du tiers lésé en un droit substantiel doté d'un caractère impératif, le *Code civil du Québec* a profondément modifié l'assurance de responsabilité.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : **RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN POUR UN DIAGNOSTIC ERRONÉ :
COMMENTAIRE DE L'AFFAIRE « MASSINON » C. « GHYS »**

Auteur(s) : François TÔTH

Revue : *RDUS*, 1996-1997, volume 27, numéro 1-2

Pages : **309-318**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12852>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12852>

Page vide laissée intentionnellement.

**RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN
POUR UN DIAGNOSTIC ERRONÉ :
COMMENTAIRE DE L'AFFAIRE *MASSINON C. GHYS***

par François TÔTH*

Lorsqu'un médecin entreprend de soigner un patient, il doit mettre en oeuvre les moyens nécessaires, raisonnablement disponibles¹ et conformes aux données actuelles de la médecine moderne. S'il ne le fait pas et qu'il rate son diagnostic, il ne pourra pas plaider «erreur de jugement». Il s'agit alors d'une faute professionnelle qui peut engager sa responsabilité.

C'est ce qu'a rappelé récemment la Cour supérieure dans l'affaire *Massinon c. Ghys*,² une triste histoire de cancer du sein qui n'a pas été diagnostiqué à temps par le Dr Ghys. L'aspect le plus particulier de cette affaire, c'est qu'il est impossible d'affirmer avec certitude que le retard dans le diagnostic ait pu modifier l'évolution sournoise de la maladie et de ses séquelles. La Cour n'en a pas moins accueilli l'action.

Le 14 décembre 1987, Mme Massinon apprend, suite à une biopsie chirurgicale, qu'elle souffre d'un cancer au sein gauche alors que son médecin, le Dr Ghys, lui disait, depuis plusieurs mois et à la suite de moult examens, de ne pas s'inquiéter. Au moment du procès, Mme Massinon est atteinte de métastases osseuses. Elle souffre d'un cancer de stade quatre.³ Elle est incurable.

Les fautes

En 1987, Mme Massinon, une personne avertie et soucieuse de sa santé, consulte un «spécialiste du sein», le Dr Ghys. Ce dernier se spécialise depuis les

*. Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.).

2. [1996] R.J.Q. 2258.

3. Sur une échelle de 4. Le stade 4 est terminal.

années soixante dans le diagnostic et le traitement des maladies du sein. Il utilise plusieurs techniques diagnostiques dont la thermographie⁴ et la diaphanoscopie,⁵ techniques qualifiées par certains experts d'expérimentales. Le Dr Ghys utilise aussi les techniques reconnues de dépistage tels l'examen clinique et la mammographie. Fait non négligeable, le Dr Ghys a publié des ouvrages de vulgarisation destinés au grand public où il est fait mention de la nécessité d'un dépistage précoce du cancer dans le processus de rémission et quant aux chances de survie.

Mme Massinon a consulté le Dr Ghys à trois reprises en 1987. Jamais le Dr Ghys n'a posé de diagnostic de cancer.

La première consultation a lieu en janvier 1987. Mme Massinon, une jeune femme de 37 ans, était bien au fait de l'utilité de subir une mammographie pour une femme de son groupe d'âge. Inquiète de la texture et de l'état de ses seins à la suite de l'allaitement de son enfant, elle voulait en avoir le coeur net. Le Dr Ghys soumet la patiente à divers examens dont la diaphanoscopie et la thermographie. Le Dr Ghys indique à la patiente cet examen est normal, sans remarques particulières. Pourtant, les notes du Dr Ghys font état d'un diagnostic de *dysplasie diffuse bilatérale*⁶ et qu'un suivi est souhaitable. Il lui indique de prendre rendez-vous dans un an.

C'est à la suite d'un voyage en Europe à l'été 1987 que Mme Massinon découvre un minuscule nodule à son sein gauche qui l'amène à reconsulter le Dr Ghys le 30 septembre 1987. Celui-ci la reçoit et la soumet à divers examens dont, à nouveau, la thermographie et la diaphanoscopie. Il ne procède qu'à une seule mammographie du sein gauche et ce, dans une seule incidence («angle»), ce qui est contraire, selon la preuve prépondérante, aux règles de l'art. Malgré des indications inquiétantes de cancer (au sein gauche) qui auraient nécessité des

-
4. Technique qui permet d'évaluer la température du corps et qui permettrait de découvrir une vascularisation inhabituelle à un endroit donné, ce qui serait un indice d'une lésion.
 5. Étude de la densité du sein à l'aide de rayons infrarouges. Par translucidité, le médecin pourrait apercevoir des lésions sous forme d'ombres chinoises.
 6. Selon le dictionnaire Robert, la dysplasie est une «anomalie dans le développement biologique (de tissu, d'organes, d'organismes) se traduisant par des malformations».

investigations plus poussées, le Dr Ghys conclut à la normalité de l'examen. Bien qu'il veuille revoir la patiente dans trois mois, rien n'est dit à la patiente.

En novembre 1987, Mme Massinon note un changement à son sein gauche, ce qui l'affole. Elle obtient rapidement un rendez-vous avec le Dr Ghys le 4 décembre 1987. Les examens pratiqués ne sont pas normaux. Des images «suspectes» de malignité au sein gauche sont remarquées. Le Tribunal retient de la preuve que l'urgence de subir une biopsie chirurgicale a été niée par le médecin qui s'est fait plutôt rassurant. Tant et si bien que c'est à la suite de démarches de la patiente et de son mari qu'elle finira par obtenir un rendez-vous avec un chirurgien-oncologue le 8 décembre. Ce dernier fixe immédiatement une biopsie chirurgicale pour le 14 décembre 1987. Le chirurgien retire alors une masse de 5 x 2,5 cm. Verdict : c'est le cancer.

Comment se fait-il que le Dr Ghys ait conclu à un état normal le 30 septembre 1987 et qu'il n'ait pas alors conseillé à la patiente de subir une biopsie chirurgicale? Y a-t-il eu faute médicale? En droit, c'est une question fort délicate car elle suppose l'analyse de la conduite professionnelle du médecin et, plus particulièrement, de l'élaboration de son diagnostic. Comme on le sait, le médecin n'est généralement tenu, comme l'avocat d'ailleurs, qu'à une obligation de moyens. Cela signifie qu'on ne jugera pas sa conduite à la lumière du résultat mais bien quant au respect des bons usages médicaux. Si ces bons usages médicaux sont respectés, il est admis que le médecin peut se tromper dans l'exercice de son jugement professionnel et qu'on ne pourra pas lui tenir rigueur de son erreur. C'est le plaidoyer de l'erreur de jugement non fautive.⁷

Pour le Dr Ghys, l'appréciation professionnelle de l'état de la patiente le 30 septembre 1987 indiquait un état bénin qui ne nécessitait pas d'investigations plus poussées. Dans la mesure où l'élaboration de ce diagnostic est conforme à la bonne pratique médicale, on ne peut remettre en cause sa valeur, surtout avec le bénéfice du «rétroscopie» c'est-à-dire le bénéfice de la biopsie du 14 décembre 1987 qui démontrait le cancer, élément dont, bien sûr, le Dr Ghys ne disposait pas le 30 septembre.

7. Pour une critique de cette expression : J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 au no 1208.

Pour réussir dans une action en responsabilité contre un médecin où il est question de diagnostic erroné, il n'est pas suffisant de démontrer que le diagnostic n'est pas exact. Il faut aller plus loin et démontrer que l'erreur de diagnostic est le résultat d'une faute, soit d'un processus diagnostique non rigoureux, bâclé ou contraire aux données de la médecine moderne. À ce moment, l'erreur qui découle d'un processus fautif n'est plus à l'abri de la critique : il n'est que le résultat prévisible de la faute.⁸

L'élaboration du diagnostic doit, selon l'article 2.03.18 du *Code de déontologie des médecins* (c. M-9, r.4), se faire avec la plus grande attention, en utilisant les méthodes scientifiques les plus appropriées et, si nécessaire, en recourant aux conseils les plus éclairés. Or, le Dr Ghys a fait l'objet d'une plainte déposée par le syndic du Collège des médecins, lui reprochant un manquement à cette obligation dans le traitement de Mme Massinon. Le Dr Ghys a plaidé coupable à la plainte. Très habilement, la demande a voulu utiliser cet aveu de culpabilité, non pas comme aveu extrajudiciaire dans l'instance civile établissant la véracité des faits reprochés (ce qui est incontestablement possible à certaines conditions⁹), mais comme déclaration antérieure contradictoire minant la crédibilité du témoin quant à la suffisance des examens médicaux (art. 2871 C.c.Q.). Le Tribunal a permis cette preuve.

Le médecin, membre du Collège des médecins, adhère de ce fait à la médecine moderne. Il doit exercer sa profession selon des principes scientifiques (art. 2.03.14, *Code de déontologie des médecins*). S'il utilise des méthodes non éprouvées scientifiquement, il peut commettre non seulement une faute déontologique mais également une faute civile à l'égard de son patient en négligeant de lui fournir des soins reconnus et adéquats.¹⁰ Certaines des

8. Voir *Cloutier c. Ahad* (2 juin 1980), Montréal 500-05-003-404-751, J.E. 80-514 (C.S.) pour une revue complète des principes en matière de responsabilité médicale pour un diagnostic erroné. Voir aussi A. Bernardot et R. P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1980 aux pp. 196 et s.; P. Lesage-Jarjoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale : le droit dans le quotidien de la médecine*, Cowansville, Yvon Blais, 1995 aux pp. 211 et ss.

9. Voir J.-L. Baudouin, *supra* note 7 au no 47.

10. Les aléas des techniques diagnostiques non éprouvées devraient également être divulgués au patient dans le cadre de l'obligation de renseignement du médecin.

méthodes utilisées par le Dr Ghys (thermographie, diaphanoscopie) ne sont pas reconnues par la médecine et on ne pouvait y accorder une valeur diagnostique, surtout à la lumière des résultats négatifs de ces examens. En fait, cela ne démontrait rien. Le médecin qui fonde alors son diagnostic sur des méthodes non reconnues ne peut pas plaider simple erreur de jugement ou liberté thérapeutique.

La preuve experte permet également de reprocher au Dr Ghys d'avoir négligé ce qu'un bon médecin prudent et diligent n'aurait pas manqué de noter, notamment quant aux signes cliniques de cancer chez Mme Massinon ainsi que d'avoir procédé, le 30 septembre 1987, à l'examen clinique d'une façon inappropriée (en position debout). L'erreur de diagnostic est ici le *résultat* d'un procédé diagnostique inadéquat. La faute (méthode diagnostique incorrecte) ne peut alors devenir un moyen de défense (aléa inhérent à l'art médical).

Une autre faute qui explique l'erreur de diagnostic est d'avoir procédé à une seule mammographie dans une seule incidence. La médecine enseigne qu'il faut plutôt procéder à une mammographie bilatérale (c'est-à-dire des deux seins) dans deux incidences. L'examen était donc incomplet. Les risques d'erreur augmentaient...

Au surplus, les indices révélés par les examens, même incomplets, du Dr Ghys auraient dû suffire à conclure à la malignité possible de la tumeur observée. Il aurait dû alors en aviser sa patiente dès le 30 septembre 1987 et assurer le suivi nécessaire (soit poursuivre l'investigation rapidement par une biopsie chirurgicale). Même l'examen du 4 décembre 1987 est incomplet, et la réaction du médecin inappropriée devant l'urgence de la situation.

Remarquons que le Tribunal peut décider de la justesse d'un diagnostic sans usurper sa fonction, ni prétendre trancher une controverse scientifique. Appelé à juger un litige sur la base des faits mis en preuve et des opinions des experts qui ont déposé devant lui, le Tribunal peut préférer l'opinion d'un expert à celle d'un autre.¹¹ Il pouvait décider que, lors de la consultation du 30 septembre 1987, des signes inquiétants de cancer existaient et que le Dr Ghys

11. *Cloutier c. Ahad, supra* note 8.

aurait dû agir autrement. Le Tribunal ne fait pas alors office de «Sorbonne médicale» en matière de traitement médical mais décide de la conformité du comportement professionnel du médecin en l'espèce avec la bonne pratique médicale d'alors.

Le dommage et la causalité

La faute dans l'élaboration du diagnostic engendre-t-elle la responsabilité civile du Dr Ghys? Il faut maintenant se demander si la faute a causé un dommage. Plus exactement, il faut déterminer, à la lumière des enseignements de la Cour suprême, quel est *exactement* le dommage que cette faute a causé.¹²

La faute du Dr Ghys a retardé la découverte de la maladie de **75 jours** et, par voie de conséquence, son traitement. Évidemment, la faute médicale n'est pas la *cause* du cancer, mais peut-on dire qu'elle a privé Mme Massinon de la possibilité de le vaincre? Autrement dit, le médecin peut-il être responsable d'avoir privé sa patiente d'une chance de guérir? La difficulté, en l'espèce, c'est qu'on est incapable de dire, du point de vue scientifique, que le retard dans le traitement aurait pu vraiment changer l'évolution de la maladie.

La Cour suprême, dans un jugement très étoffé,¹³ a écarté la *perte de chance de guérir* comme fondement à une action en responsabilité civile si l'on est incapable d'établir le lien de causalité entre la faute et le dommage. En effet, ou bien la faute médicale cause le dommage, ou bien elle est neutre dans l'évolution de la maladie. Si la faute médicale cause le dommage, alors le patient sera indemnisé pour tous les dommages que la faute a causés.¹⁴ Si la faute médicale n'a pas joué de rôle dans le développement ou l'aggravation de la maladie, alors le médecin ne peut pas être condamné pour un dommage qu'il n'a pas causé.

12. *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541.

13. *Ibid.*

14. Il pourrait s'agir aussi de l'aggravation d'un état préexistant.

Ce raisonnement est valable si l'on ne considère que le dommage final (la mort, le handicap). Mais, si l'on est incapable d'établir le lien de causalité entre la faute et le préjudice final, cela ne signifie pas que la faute n'a pas causé d'autres dommages, par exemple les souffrances morales endurées par le patient qui débute, déjà avec quelques longueurs de retard, un combat contre le cancer...

C'est exactement ce dont il s'agit dans l'affaire *Massinon c. Ghys*. La patiente réclame une somme de 60 000\$ pour perte de jouissance de la vie, angoisse et stress continuels face aux perspectives d'aggravation de son état et d'abrégement de la vie.¹⁵ L'on ne réclame rien pour le préjudice physique ou économique rattaché au délai dans l'établissement du diagnostic. La Cour suprême¹⁶ avait accordé, en 1991 et dans des circonstances semblables, 17 500\$ à titre de dommages moraux pour une patiente qui a vécu de telles angoisses pendant près de trois ans depuis la découverte du cancer (et de la faute médicale) en mars 1975 jusqu'à son décès, le 27 janvier 1978. En l'espèce, Mme Massinon vit, et vit toujours son drame depuis 1987...

La première difficulté consiste à isoler les conséquences de la faute des conséquences de la maladie elle-même. En effet, l'angoisse reliée à la divulgation de la maladie mortelle n'est pas liée à la faute médicale. Par contre, l'angoisse *supplémentaire* causée par le retard dans le traitement l'est. Une tâche difficile attend le Tribunal.

La demande a présenté une preuve fort éloquente de la détresse psychologique très grave causée à la patiente par la faute médicale : dépressions nerveuses, perte de l'espoir et du goût de vivre, tentatives de suicide¹⁷... Tout cela est exacerbé par le message transmis aux femmes par la communauté médicale dont le Dr Ghys s'est fait le porte-parole : le dépistage précoce permet un bon

15. Quant à ce dernier aspect (abrégement de la vie comme dommage objectif), la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268 exclut toute possibilité à cet égard.

16. *Supra* note 12.

17. À ce sujet, il faut lire la décision de la Cour. On y décrit avec beaucoup de sensibilité tout le calvaire vécu par Mme Massinon. On consultera également en annexe II du jugement, le résumé du dossier médical de la demanderesse.

pronostic et des traitements moins mutilants. Pour Mme Massinon, tout cela est désormais réduit à néant : elle n'a pas été «prise à temps» et cela est dû à la faute du médecin. Il s'agit là d'une souffrance additionnelle à la souffrance normalement liée au cancer. On ne peut pas dire que la réaction de Mme Massinon soit excessive dans les circonstances. On ne peut pas dire non plus qu'elle ait tort de croire qu'un dépistage précoce aurait pu changer les choses : toute la littérature scientifique est dans ce sens.

De plus, le niveau d'évolution de la maladie peut modifier la thérapie. Si la maladie de Mme Massinon avait pu être diagnostiquée plus tôt à un stade moins avancé, le traitement aurait pu être moins pénible. Mais quel était le stade du cancer de Mme Massinon en septembre 1987? Voilà une deuxième difficulté. En effet, on ne sait pas si, objectivement, la maladie de la demanderesse a évolué de façon sensible pendant ces 75 jours : les examens effectués par le Dr Ghys et les données notées au dossier sont incomplets. L'impossibilité dans laquelle se trouve maintenant la demanderesse de faire la preuve de l'évolution de sa maladie résulte de la faute du médecin. À ce moment, il est permis de faire supporter au médecin le fardeau de prouver que la maladie n'a pas évolué (donc que sa faute a été neutre) plutôt que d'imposer à la demanderesse de prouver le contraire. En violant son obligation de rendre compte au patient de toutes les données pertinentes à sa condition, le médecin assume le fardeau de démontrer leur absence de lien causal.¹⁸ Le droit est sage : une faute ne doit pas devenir un moyen de défense.

Le Tribunal accorde entièrement la somme réclamée : 60 000\$.

Observations

L'affaire *Massinon c. Ghys* est un jugement important car il s'agit de l'une des premières affaires plaidées depuis la décision de la Cour suprême dans

18. Voir aussi *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, *Houde c. Côté*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.), *Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424 (C.A.). Aussi, J.-P. Ménard, «La causalité dans les causes de responsabilité médicale depuis les affaires *Lawson* et *Farrell*» dans *Développements récents en droit de la santé*, vol. 24, Cowansville, Yvon Blais, 1991 à la p. 1. Pour une application récente : *Stéfanik c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, [1997] R.J.Q. 1332 (C.S.).

Laferrière c. Lawson. La somme, fort modeste, accordée dans ce dernier jugement (17 500\$) rendait ces cas difficiles et coûteux à plaider.

Bien que les conséquences particulières de la faute médicale pour Mme Massinon aient atteint un niveau qu'on pourrait qualifier d'exceptionnel, le jugement confirme qu'on ne doit plus considérer légèrement le dommage psychologique causé par la faute. La somme accordée, 60 000\$, peut apparaître substantielle selon les paramètres jurisprudentiels habituels mais respecte le plafond de 100 000\$ établi en 1978 par le Cour suprême,¹⁹ maintenant d'environ 243 000\$.²⁰ À notre avis, la somme de 60 000\$ (25% du plafond ajusté) est pleinement justifiée dans les circonstances.

Depuis quelques années, l'on assiste à un développement jurisprudentiel intéressant en matière d'indemnisation du préjudice,²¹ particulièrement au niveau des dommages non pécuniaires, tant corporels que moraux. La protection accordée par le droit à la personne s'étend au-delà de sa sécurité purement physique. La personne est dorénavant vue dans son intégralité.²² Pensons aux affaires suivantes :

- *Augustus c. Gosset*²³ : reconnaissance du *solatium doloris* comme dommage indemnisable;
- *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*²⁴ : octroi de dommages non pécuniaires à des victimes handicapées mentales et rejet de la thèse fonctionnelle;

19. *Andrews c. Grand and Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229. Ce plafond doit-il être revu? On a bien accordé 300 000\$ à titre de dommages moraux pour diffamation : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S.1130.

20. *Augustus c. Gosset*, *supra* note 15.

21. Sur la nouvelle classification tripartite du préjudice et ses difficultés : N. Vézina, «Préjudice matériel, corporel et moral : variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité», (1993) 24 R.D.U.S. 161.

22. On doit parler d'intégrité corporelle dans son sens global, i.e. comme incluant l'intégrité physique et psychique. Voir N. Vézina, *supra* note 21 aux pages 182-183.

23. *Supra* note 15.

24. [1996] 3 R.C.S. 211.

- *Hill c. Église de scientologie de Toronto*²⁵ : octroi de 300 000\$ comme dommages à la suite de diffamation;
- *Éditions Vice-Versa inc. c. Aubry*²⁶ : condamnation à 2 000\$ pour la publication sans autorisation dans un magazine de la photographie d'une personne assise dans un lieu public; violation du droit à la vie privée.

Plus que jamais, les avocats devront être vigilants. Il sera plus difficile de conseiller adéquatement un client lors de négociations. Les risques du procès seront désormais très réels même en l'absence de blessures physiques ou de dommages matériels. L'on ne pourra plus plaider facilement que «la faute n'a pas causé de dommage».

25. *Supra* note 19.

26. [1996] R.J.Q. 2137 (C.A.). Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême accueillie, greffe 25579, le 6 février 1997.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DE LA PRÉSUMPTION D'IDENTITÉ DE L'AL. 258(1)C DU CODE
CRIMINEL ET DE L'EFFET DU MÉTABOLISME SUR LE TAUX
D'ALCOOLÉMIE : L'AFFAIRE « R. » C. « ST-PIERRE » [1995] 1 R.C.S.
791

Auteur(s) : Pierre PATENAUDE

Revue : RDUS, 1996-1997, volume 27, numéro 1-2

Pages : 319-325

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12853>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12853>

Page vide laissée intentionnellement.

**DE LA PRÉSUMPTION D'IDENTITÉ DE L'AL. 258(1)C
DU CODE CRIMINEL ET DE L'EFFET DU
MÉTABOLISME SUR LE TAUX D'ALCOOLÉMIE :
L'AFFAIRE *R. C. ST-PIERRE* [1995] 1 R.C.S. 791**

par Pierre PATENAUDE*

● **Quelques information préliminaires**

Pour le bénéfice des lecteurs, il importe de rappeler, à titre liminaire, les faits suivants : c'est la quantité d'alcool dans le sang qui affecte le fonctionnement du cerveau. Le taux d'alcoolémie d'une personne établit la proportion d'alcool dans son système sanguin. Évidemment, la façon la plus sûre de calculer celle-ci est de faire une analyse sanguine. Mais, on le sait, le législateur impose l'obligation de se soumettre à un prélèvement sanguin uniquement dans des cas exceptionnels. On aura donc recours, habituellement, à l'alcootest : alors, l'appareil capte l'air alvéolaire du suspect et indique le taux trouvé dans l'haleine. Pour que cette méthode soit efficace, le *Code criminel* assortit cette technique de deux présomptions : premièrement, une présomption d'exactitude (accuracy presumption) à l'effet que le relevé de l'alcootest fournit une mesure exacte de l'alcoolémie du sujet au moment de la prise d'haleine.¹

Cette première présomption est fondée sur la reconnaissance de la validité du postulat de base,² c'est-à-dire, du principe fondamental sous-jacent à la technique de l'ivressomètre, ainsi que de l'exactitude des appareils certifiés par l'État.³ On accorde donc confiance au principe à l'effet que l'analyse du taux d'alcool *dans l'haleine* prouve le taux d'alcool *dans le sang*; puis, on se fie à l'appareillage certifié par l'État pour bien rapporter ce taux.

*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261; *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089.

2. *R. c. Moreau*, *supra* note 1.

3. *R. c. Crosthwait*, *supra* note 1.

Deuxièmement, une présomption d'identité (identity presumption) selon laquelle *l'alcoolémie du sujet au moment de la conduite (donc de l'infraction alléguée) correspondrait à celle enregistrée au moment de l'épreuve d'alcootest.*

L'inclusion de cette seconde présomption au *Code criminel* est absolument nécessaire à l'efficacité de cette technique : en effet, ne l'oublions pas, l'alcootest ne rapporte que le taux d'alcool du sujet au moment du test et non celui présent au moment de l'infraction, c'est-à-dire lors de la conduite. Pour être probant du degré d'alcoolémie au moment de l'infraction, le résultat du test d'ivressomètre doit être accompagné d'une présomption à l'effet que ce taux était le même lors de la conduite que lors du test.

Nous traiterons ici de cette seconde présomption en analysant un des moyens pour la réfuter, c'est-à-dire par la preuve à l'effet que l'accusé était, au moment de la prise d'haleine par l'alcootest, en période d'absorption et que, donc, son taux d'alcoolémie était nécessairement plus bas lors de la conduite que lors du test.

● **La décision rendue dans l'affaire *R. c. St-Pierre***

La Cour suprême du Canada traite de la réfutation de la présomption d'identité dans sa décision rendue dans l'affaire *R. c. St-Pierre*.⁴ En l'instance, l'accusée avait été amenée pour fournir des échantillons d'haleine; elle avait dû attendre une heure avant de pouvoir le faire et, dans l'intervalle, elle avait, alléguait-elle, bu le contenu de deux bouteilles de 50 ml de Vodka. Elle soutenait donc que les résultats de l'alcootest ne pouvaient pas indiquer le taux d'alcoolémie lors de la conduite puisque l'ingurgitation de la Vodka immédiatement avant le test avait, évidemment, fait augmenter son alcoolémie.

À la majorité, les juges acceptèrent cette preuve pour établir que l'alcoolémie au moment de l'infraction avait été possiblement différente de celle enregistrée lors de l'épreuve d'alcootest et, ainsi, que la présomption d'identité pouvait être réfutée. Jusque là, fort bien!

4. [1995] 1 R.C.S. 791.

Mais, un extrait de la décision majoritaire, rédigée par le juge Iacobucci pourrait causer problème. On y lit :

«Il reste une difficulté soulevée par l'analyse qui précède ou du moins par la nature intrinsèque de la présomption d'identité qui pose en quelque sorte une énigme. Si *toute* preuve d'un écart entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest et son alcoolémie lorsqu'elle était au volant pouvait être tenue pour une "preuve contraire" au sens de l'al. 258(1)c), et pouvait donc réfuter la présomption, alors la présomption pourrait être réfutée dans tous les cas. C'est tout simplement que l'alcoolémie d'une personne ivre change constamment par suite de l'absorption ou de l'élimination de l'alcool dans son sang. Une personne accusée d'une infraction de conduite avec une alcoolémie de "plus de 80" pourrait simplement montrer que son alcoolémie a changé entre le moment de l'infraction et le moment de l'interpellation, parce qu'une partie de l'alcool a été assimilée entre temps et, ipso facto, la présomption énoncé à l'al. 258(1)c) serait privée d'effet. En pareil cas, il ne serait pas difficile d'obtenir la déclaration de culpabilité, parce que dans la plupart des cas, l'alcoolémie aurait diminué après l'infraction ou, si elle était allée en augmentant par suite d'une absorption, dans la plupart des cas, elle n'aurait pas augmenté rapidement si aucune autre boisson n'avait été absorbée par la suite. Mais, une fois la présomption réfutée, le ministère public devrait, dans chaque cas, assigner des experts pour établir ces faits et déterminer ce qu'auraient été les alcoolémies maximum et minimum. Si ce processus normal d'absorption et d'élimination était considéré comme une "preuve contraire", alors la présomption serait inutile, car elle pourrait être réfutée dans tous les cas.

Le juge Arbour s'est penché sur cette question, et a dit, aux pp. 238 et 239⁵ :

"Une preuve scientifique tendant à montrer que, dans tous les cas, l'alcoolémie deux heures avant l'alcootest ne correspondra vraisemblablement pas à l'alcoolémie indiquée par l'appareil ne serait pas une

5. (1992), 10 O.R. (3^e) 215 (notre référence).

‘preuve contraire’ au sens de la disposition. C’est qu’une telle preuve serait présentée simplement pour montrer que la présomption est une fiction, qu’elle est mal conçue et qu’il ne convient donc pas de l’appliquer. Pour reprendre les propos du juge Beetz dans l’arrêt Moreau, précité, à la p. 271 ... cette preuve ne vise pas à ‘réfuter la présomption [...], elle veut en nier l’existence même’.”

L’effet du processus biologique normal de la transformation de l’alcool par le métabolisme ne saurait en soi constituer une “preuve contraire”, parce qu’il faut présumer que le législateur savait que l’alcoolémie variait continuellement et qu’il a néanmoins jugé bon d’établir cette présomption.»⁶

C’est cette dernière phrase qui pourrait causer problème si elle signifiait que *jamais, quelle qu’ait été la situation*, l’effet du processus de transformation de l’alcool par le métabolisme ne pourrait être présenté en preuve pour constituer une «preuve contraire».

● Le cas du prévenu en état d’absorption

Il existe en effet certaines situations (rares, certes!) où l’accusé, ayant été en état d’absorption entre le moment de l’infraction et le moment de la prise d’haleine par l’alcootest, aura eu un taux d’alcoolémie au moment de la conduite qui ne pourrait, scientifiquement, avoir atteint le seuil de 0.08. Refuser une telle défense serait alors, dans un tel cas, un déni de justice, contraire au droit à une défense pleine et entière enchâssé dans la Charte canadienne des droits et libertés.

D’ailleurs c’est, entre autres choses, pour bien voir si le prévenu est dans la phase de l’absorption, du plateau ou de l’élimination que le législateur a imposé l’obligation de lui faire subir au moins deux épreuves d’alcootest à des intervalles d’au moins quinze minutes (sous-al. 258(1) c)ii)).

6. R. c. St-Pierre, *supra* note 4 aux pp. 823 et 824 (nos italiques, sauf pour l’adjectif «toute»).

Voyons un cas concret.

Normalement, la période d'absorption serait de 20 minutes; elle pourrait aller jusqu'à 60 minutes si le (ou les) breuvage(s) a (ont) accompagné un repas copieux.

Imaginons le cas où le repas dura de 20 h 30 à 21 h 30; les consommations alcooliques prises entre 21 h et 21 h 30; le suspect arrêté alors qu'il conduisait à 21 h 40 (c'est à ce moment qu'aurait eu lieu l'infraction). Les échantillons d'haleine sont pris à 21 h 55 et 22 h 10. Les résultats sont alors identiques à 0.09.

On constate que le prévenu est dans la phase du plateau. Il est donc fort probable que, lors de la conduite, il était en phase d'absorption, donc, qu'à ce moment, son taux d'alcoolémie avait été beaucoup plus bas. Un expert pourrait alors établir l'exactitude de cette conclusion. Car, ne l'oublions pas, l'infraction prévue à l'al. 253 b) est de conduire ... «lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang». Donc, en l'instance, la preuve pourrait être faite à l'effet que le prévenu n'ait pas pu avoir une telle proportion d'alcool dans le sang *au moment de la conduite*.⁷

● **La conciliation du droit à une défense pleine et entière avec l'extrait de la décision St-Pierre**

Il est vrai que les tribunaux ne peuvent accepter l'argument selon lequel *toute* preuve d'un écart entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de la prise d'échantillon par l'alcootest et son alcoolémie lorsqu'il était au volant serait recevable à titre de «preuve contraire» pour réfuter la présomption d'identité, car l'action du métabolisme modifie constamment le taux d'alcoolémie et alors, c'est avec justesse que le juge Iacobucci le note, accepter une telle plaidoirie équivaldrait à rendre sans effet ladite présomption.

7. Voir, à ce sujet : *R. c. Desrosiers* (20 juillet 1989), Québec 200-10-000162-870, J.E. 89-1260 (C.A.). *Dufresne c. La Reine* J.E. 88-276 (C.S.). *Piuze c. Québec (Procureur général)* (28 mars 1988), Québec 200-10-000043-872, J.E. 88-529 (C.A.). *R. v. Hummel* (1987), 36 CCC (3^e) 8 (Ont. H.C.).

Mais, faut-il le préciser, le juge a souligné dans sa décision l'adjectif *toute*. On y lit :

«Si *toute* preuve d'un écart entre l'alcoolémie de l'accusé (sic) au moment de l'alcootest et son alcoolémie lorsqu'elle (sic) était au volant pouvait être tenue pour une "preuve contraire" au sens de l'al. 258(1)c), et pouvait donc réfuter la présomption, alors la présomption pourrait être réfutée dans tous les cas.»⁸

D'ailleurs l'adjectif *tous* est repris dans l'extrait du juge Arbour alors cité par le juge Iacobucci :

«Une preuve scientifique tendant à montrer que, *dans tous les cas*, l'alcoolémie deux heures avant l'alcootest ne correspondra vraisemblablement pas à l'alcoolémie indiquée par l'appareil ne serait pas une "preuve contraire" au sens de la disposition.»⁹

Qu'est-ce à dire? Il nous semble bien que la Cour a établi, fort judicieusement, que l'on ne puisse contester la présomption d'identité en alléguant l'action du métabolisme, ce qui équivaldrait à rendre illusoire ladite présomption *dans tous les cas*. Mais que cet extrait laisse la possibilité, dans certains cas exceptionnels, de soulever à titre de «preuve contraire» le fait que, scientifiquement, le suspect, en phase d'absorption, ne pouvait avoir eu, lors de la conduite, un taux d'alcoolémie équivalent ou supérieur à 0.08.

Il nous semble que ce soit là la seule interprétation compatible avec le droit à une défense pleine et entière, et, en même temps, conforme au respect de la vérité scientifique.

Enfin, n'oublions pas que la question de la compatibilité de cette présomption avec les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* avait été posée dans *R. c. Phillips*.¹⁰ À cette occasion, la Cour d'appel de l'Ontario avait jugé que cette présomption dérogeait à l'article 11 d) de la

8. *R. c. St-Pierre*, *supra* note 4 à la p. 823.

9. *Ibid.* à la p. 824 (nos italiques).

10. (1988) 4 M.V.R. (2^e) 239.

Charte, mais que cette limite à la présomption d'innocence était néanmoins justifiable au sens de l'article de ladite *Charte*.

Et, appliquant la grille d'analyse élaborée précédemment par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Oakes*,¹¹ la Cour avait alors constaté que la présomption 241(1)c) (aujourd'hui 258(1)c)) satisfaisait à la norme relative au lien rationnel entre le fait établi et celui présumé et, qu'elle n'était pas trop lourde, puisqu'elle pouvait être renversée par l'accusé s'il parvenait à soulever un doute raisonnable.

«It is always open to an accused to meet the presumption by “evidence to the contrary” ... For example, evidence of the amount and time of alcohol consumption coupled with the acknowledged margin of error might, in an appropriate case, be capable of rebutting the presumption ... *It is, of course, open to an accused to give evidence of drinking shortly before the breathalyser test together with appropriate scientific evidence and thus establish that the BAC shown by the breathalyser test was higher than that at the time of the alleged driving offence.* This would be “evidence to the contrary” which would rebut the presumption under s. 241(1)c).»¹²

Et la Cour s'adressa alors spécifiquement au cas du prévenu qui aurait consommé peu de temps avant l'infraction alléguée [qualifié, par la Cour de «Bolus drinker»] :

«*While s. 241(1)c) may appear to cast a special burden on the small group of late drinkers, it is within their power to meet it.*»¹³

Il nous semble donc que, dans les rares cas où le prévenu aurait été en phase d'absorption et où le témoignage d'un expert pourrait établir l'impossibilité que le taux d'alcoolémie ait pu atteindre le seuil fatidique lors de la conduite, la présomption d'identité puisse alors être réfutée. Il suffira de démontrer (1) que l'accusé était en phase d'absorption lors de la conduite et (2) qu'il avait un taux inférieur à 80 mg à ce moment.

11. [1986] 1 R.C.S. 103

12. R. c. *Phillips*, *supra* note 10 aux pp. 268-270 (nos italiques).

13. *Ibid.* à la p. 271 (nos italiques).

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ÉLABORATION D'UN CODE DE DÉONTOLOGIE EN MÉDIATION :
UNE RÉFLEXION

Auteur(s) : Pierre RENAUD

Revue : RDUS, 1996-1997, volume 27, numéro 1-2

Pages : 327-359

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12854>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12854>

Page vide laissée intentionnellement.

**L'ÉLABORATION D'UN
CODE DE DÉONTOLOGIE EN MÉDIATION :
UNE RÉFLEXION***

par Pierre RENAUD**

SOMMAIRE

INTRODUCTION	329
Quelques considérations concernant la conception d'un code de déontologie	
.....	330
Un code de conduite	330
Un guide de déontologie	331
Une philosophie d'intervention	332
Quelques considérations concernant les éléments d'un code de déontologie	
.....	333
La publicité	333
La pertinence de la médiation	333
Le consentement éclairé	334
La neutralité du médiateur	334
La confidentialité des discussions	334
L'équité dans la procédure	335
Le respect du bien-être psychologique des parties	335
L'engagement éclairé	336

-
1. Ce texte révisé et augmenté a été réalisé en février 1995 pour le Forum canadien sur le règlement des différends (Toronto) dont une version anglaise abrégée a été publiée en mai 1995 dans la revue ADR FORUM.
 2. M^e Renaud est directeur du développement national et international en environnement pour le bureau d'experts-conseils Soprin ADS inc. Il est avocat, spécialiste en médiation et processus décisionnel ainsi qu'en droit de l'environnement. Il est titulaire d'une maîtrise en administration publique internationale et il est l'architecte du processus de médiation public appliqué au Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE).

Respect des droits des tiers	336
L'efficacité de l'intervention	336
Les relations entre professionnels	336

Quelques considérations influençant l'élaboration d'un code de déontologie

.....	337
Les responsabilités du médiateur	337
La responsabilité envers les clients	338
La responsabilité envers le public	338
La conception du rôle du médiateur	338
Le code de déontologie et les sanctions	339

CONCLUSION 340

ANNEXE 1 342

ANNEXE 2 345

ANNEXE 3 352

INTRODUCTION

L'utilisation de plus en plus fréquente de solutions de rechange aux règlements des conflits génère de nouveaux besoins dans ce champ de pratique, particulièrement en ce qui concerne la médiation. Parmi les préoccupations croissantes, nous trouvons celle qui vise l'élaboration d'un code de déontologie pour encadrer les interventions des médiateurs.¹ Plusieurs organisations ont déjà leur propre code de déontologie. Par exemple, le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) possède un tel code qui prévoit des dispositions générales (comportement, indépendance et devoir de réserve) lors de mandats d'audiences publiques et de médiation.²

Un code de déontologie représente un outil précieux pour la protection du public, mais aussi une étape importante vers la professionnalisation de la médiation. Sans code de conduite, les médiateurs seront sans balises pour guider leurs actions et, surtout, sans responsabilités envers les parties. Il ne faudrait pas pour autant en conclure qu'ils pourraient agir de façon à causer préjudice aux parties. Cependant, il faut admettre que des règles de conduite communes à tous les médiateurs constitueraient une protection supplémentaire pour les parties.

À titre d'exemple, on peut se référer aux codes de déontologie d'autres professions libérales comme les avocats et les psychologues. Si un avocat ou un psychologue ne respecte pas l'éthique de sa profession, il peut être exclu de son ordre professionnel. On peut se demander si une approche similaire serait appropriée pour la médiation ? Dans le même sens, est-il possible d'élaborer un code unique pour tous les médiateurs ? Quels devraient être les éléments d'un tel code ? L'élaboration d'un code de déontologie devrait-t-il respecter la diversité de formation des médiateurs et les différents types de médiation ? De

-
1. Pour plus d'informations quant à ce sujet, voir : J. Poitras et P. Renaud, *La médiation et la réconciliation des intérêts dans les conflits publics*, Scarborough, Carswell, 1996, L. M. Cooks, C. L. Hale, «The Construction of Ethics in Mediations» (1994) 12 *Mediation Quarterly* aux pp. 55-76., J. D. Feerick, «Standards of Conduct for Mediations» (1996) 79 *Judicature* à la p. 314.
 2. Le BAPE a adopté, en décembre 1995, des modifications à son code de déontologie afin d'inclure la pratique de la médiation.

plus, devrait-on prévoir des sanctions en cas de dérogation ? Voilà quelques questions qui ne font qu'effleurer la problématique reliée à un éventuel code de déontologie pour la médiation. Leur importance exige toutefois qu'on leur prête toute notre attention en cherchant des réponses satisfaisantes dans un effort d'optimisation.

En premier lieu, nous nous attarderons sur la conception d'un code de déontologie en médiation. Comment, en effet, les éléments d'un code devraient être formulés et interprétés ? Puis, nous dresserons une liste des principaux éléments qui composent les codes actuels et qui donnent une vue d'ensemble des considérations éthiques propres à la médiation. Finalement, les responsabilités des médiateurs, la diversité de leur formation, les caractéristiques des différents types de médiation et les sanctions possibles complèteront l'analyse afin de bien cerner les paramètres de l'élaboration éventuelle d'un tel code.

Quelques considérations concernant la conception d'un code de déontologie

La conception d'un code de déontologie peut se faire à plusieurs niveaux. Chaque niveau correspond à un degré différent de formulation et d'interprétation des éléments constitutifs du code. La fonction et l'utilisation d'un code de déontologie dépendent de son niveau de conception. C'est pourquoi la compréhension des différents niveaux possibles s'avère indispensable à l'analyse et à l'élaboration d'un code de déontologie. À cet égard, trois niveaux de conception sont possible : le code de déontologie en tant que code de conduite, en tant que guide de déontologie et en tant que philosophie d'intervention.

Un code de conduite

Le premier niveau de conception d'un code de déontologie consiste à le formuler comme un code de conduite. Les éléments du code sont alors présentés sous forme de prescriptions à savoir ce qu'il faut faire et ce qu'il ne faut pas faire. L'interprétation du code de conduite se limite à la signification intrinsèque des prescriptions. Les règles sont explicites et elles doivent être suivies à la lettre. Un code de conduite constitue la forme la plus simple d'un code de déontologie. Le code *Normes de conduite et d'éthique des médiateurs aux petites créances*,

utilisé à l'époque où le service fonctionnait, constitue un exemple utilisant ce niveau de conception.³

L'avantage principal d'un code de conduite est qu'il ne laisse aucune place à l'ambiguïté au sujet de la conduite appropriée du médiateur comme, par exemple, prescrire la confidentialité du contenu des discussions. Ainsi, en aucun cas, le médiateur ne peut divulguer ces informations. Toutefois, malgré la clarté d'une telle conception, le code de conduite apparaît peu utile dans les situations complexes où des éléments du code s'opposent.

Prenons l'exemple où une partie avoue au médiateur lors d'une rencontre privée qu'elle n'a pas l'intention de respecter l'entente. Est-ce que le médiateur doit alors se soumettre au principe de confidentialité ? Doit-il plutôt souscrire au principe de l'engagement éclairé ? Dans une telle situation, le code de conduite s'avère peu utile et sa rigidité peut même nuire au règlement du dilemme éthique en favorisant des solutions dichotomiques. C'est en raison de cette lacune d'interprétation qu'un niveau supérieur d'interprétation paraît souvent nécessaire.

Un guide de déontologie

Le deuxième niveau de conception d'un code de déontologie consiste à le formuler comme un guide de déontologie. Avec cette approche, les éléments du code sont présentés sous forme d'articles organisés de façon hiérarchique. En plus de la signification intrinsèque des articles, leur position relative guide l'interprétation de la conduite appropriée du médiateur dans une situation donnée. Un article peut avoir préséance sur un autre et ainsi guider l'intervention du médiateur. Cette caractéristique est très utile dans les dilemmes éthiques. Le code utilisé en Alberta, *Code of Professional Conduct for Mediators* illustre bien ce niveau de conception.⁴

Revenons à la situation précédente où une partie avoue en privé qu'elle n'a pas l'intention d'honorer une entente. Le médiateur se trouve confronté à un

3. Voir annexe 1.

4. Voir annexe 2.

problème éthique : doit-il respecter le caractère confidentiel de l'aveu ou plutôt avertir l'autre partie ? Un guide de déontologie organisé de façon hiérarchique permet de résoudre cette impasse. L'article d'engagement éclairé peut avoir, par exemple, préséance sur l'article de confidentialité et ainsi guider le médiateur. Il pourra, dans cette situation, avertir cette partie qu'il ne peut permettre qu'une entente soit conclue dans de telles circonstances et qu'il devra, à tout le moins, mettre fin à la médiation. La principale difficulté de cette approche réside dans l'organisation hiérarchique des articles du code. Il faut alors décider quels sont les éléments de déontologie qui auront préséance. A cet effet, une approche philosophique peut s'avérer utile.

Une philosophie d'intervention

Le dernier niveau de conception d'un code de déontologie comporte la formulation d'une philosophie d'intervention. Les éléments du code sont présentés sous forme de principes directeurs. L'interprétation du code n'est pas basée sur la valeur de prescription des éléments, ni sur leur hiérarchie, mais plutôt sur leur finalité. Par exemple, le principe de confidentialité sera présenté comme un facteur important pour stimuler la libre expression des parties et favoriser un cadre de négociation productif. La formulation de principes directeurs constitue le plus haut degré de conception d'un code de déontologie. Le code utilisé au Colorado, *Code of Professional Conduct* se rapproche de ce niveau de conception.⁵

Une philosophie d'intervention étant très flexible, elle permet de s'adapter à une multitude de situations. Prenons l'exemple d'une situation où les parties désirent à l'unanimité que le contenu des conversations soit public. Le médiateur doit-il alors le leur refuser parce que le code de déontologie stipule que les discussions revêtent un caractère confidentiel ? Avec une approche philosophique, le médiateur peut décider que le but de la confidentialité est de détendre les discussions et que si les parties sont plus à l'aise en procédant autrement, il peut respecter leurs exigences. La flexibilité de l'approche philosophique ouvre toutefois la porte à différentes interprétations et rend ainsi difficile l'uniformisation des conduites professionnelles. C'est pourquoi la

5. Voir annexe 3.

philosophie d'intervention est souvent présentée sous une forme plus formelle, comme celle du guide de déontologie.

Quelques considérations concernant les éléments d'un code de déontologie

Les éléments constituant un code de déontologie peuvent varier grandement d'un code à l'autre. Malgré tout, il est possible de cerner des thèmes communs lorsqu'on analyse différents codes de déontologie comme ceux proposés auparavant. La liste des thèmes énumérés ici permet de bien cerner les principales préoccupations éthiques de la médiation et pourra guider notre réflexion sur l'élaboration d'un code de déontologie.⁶

La publicité

Le médiateur fait preuve de réserve dans la publicité de ses services afin de ne pas créer de fausses attentes chez les parties. En aucun cas il ne laisse supposer de résultats garantis. De plus, il n'accepte pas de pourboire ni de commission pour l'ouverture de dossiers de médiation afin de préserver son indépendance.

La pertinence de la médiation

Le médiateur analyse dans un premier temps la pertinence d'utiliser la médiation. S'il juge que cette approche a peu de chance de réussir, il avertit les parties et leur conseille au besoin une autre avenue pour régler leur conflit. De

6. Pour ce qui est des avocats, le *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, c.B-1, r.1 ne prévoit pas directement des règles d'éthique pour ceux qui agissent en tant que médiateurs. Il y a toutefois des sections de ce code qui permettent par leur interprétation de combler ce vide. Voir à ce sujet, les articles suivants : 3.02.01 à 3.02.11 pour l'intégrité; les articles 3.05.01 à 3.05.15 concernant l'indépendance et le désintéressement; les articles 3.06.01 à 3.06.10 pour le secret professionnel; l'article 3.07.01 pour l'accessibilité aux dossiers et les articles 3.08.01 à 3.08.08 quant à l'information sur les honoraires. Enfin, précisons que l'article 3.06.07 édicte que «l'avocat est en conflit d'intérêts lorsque notamment : 1° il représente des intérêts opposés;» et l'article 3.06.06 mentionne que «l'avocat doit éviter toute situation où il serait en conflit d'intérêts». Or, quand l'avocat agit à titre de médiateur, il ne représente, en effet, aucune partie puisqu'il est neutre envers ces dernières.

même, s'il croit que la médiation peut causer préjudice aux intérêts ou aux droits d'une partie, il a le devoir de la prévenir.

Le consentement éclairé

Avant de procéder à la médiation en tant que telle, le médiateur s'assure que les parties comprennent bien le processus dans lequel elles s'engagent et saisissent la nature volontaire de la médiation. Il doit être clair pour les parties qu'elles ont en tout temps le droit de se retirer du processus de médiation et que leur participation aux négociations ne constitue en rien un engagement.

La neutralité du médiateur

Le médiateur adopte une attitude impartiale face aux parties et respecte leur libre choix quant aux solutions qu'elles retiennent. De plus, le médiateur évite les conflits d'intérêts et traite toutes les parties avec respect et diligence. Il ne doit pas, par son attitude ou ses interventions, influencer ou paraître indûment exercer de pression sur les parties pour qu'elles adhèrent à une solution.

La confidentialité des discussions

Le médiateur fait preuve de discrétion sur ce dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions et le contenu des rencontres demeure confidentiel.⁷ Par exemple, le contenu des discussions de la médiation ne peut être utilisé en

7. Ceci s'applique dans le cas d'une médiation dite privée laquelle touche, notamment, le divorce, le commercial et le civil. Dans le cas d'une médiation publique, les rencontres avec le médiateur sont considérées comme publiques. Ainsi, par exemple, le BAPE prévoit dans ses règles de procédures que les séances de médiation sont rendues publiques par le biais de procès verbaux ou de transcriptions prises par sténotypie. Pour plus d'informations sur ce sujet, voir P. Renaud, «Comparaison entre la médiation administrative et publique appliquée dans le domaine de l'environnement et la médiation privée» (1994-1995), 25 R.D.U.S. 345.

cour.⁸ De plus, la conversation entre le médiateur et une partie lors d'une rencontre privée est confidentielle.

L'équité dans la procédure

Le médiateur respecte le processus de médiation et s'assure que les parties ont la même possibilité de faire valoir pleinement leur point de vue dans un cadre où les règles du jeu sont claires et identiques pour tous. Il fait en sorte que les parties jouissent du même accès à l'information, de la même possibilité de s'exprimer, et qu'aucune partie n'est avantagée par sa manière de conduire la médiation.

Le respect du bien-être psychologique des parties

Le médiateur ajourne le processus de médiation s'il s'aperçoit qu'une partie n'est pas en mesure de prendre de décision, soit à cause du stress, de l'intimidation d'une autre partie ou encore pour toute autre raison pertinente.

8. Ce sujet a déjà été abordé par le juge Ross Goodwin de la Cour supérieure dans un cas de droit de la famille cité *Droit de la famille - 2250*, [1995] R.D.F. (545) à la p. 546. Il mentionne à cet effet que «le tribunal a décidé, dès lors, que les documents (pièce D-11) émanant du médiateur ne seraient pas considérés et que les parties devaient s'abstenir de toute preuve relative aux processus de médiation citant les dispositions de l'article 815.3 C.P., qui prévoit : «À moins que les parties n'y consentent, rien de ce qui a été dit ou écrit au cours d'une entrevue de conciliation ou de réconciliation n'est recevable en preuve dans une procédure judiciaire».

De plus le juge mentionnait, avec justesse dans le cas d'une médiation privée, que «La confidentialité et le secret des propos contribuent à créer le climat de confiance qui doit régner... En somme, les propos tenus au cours d'une médiation sont réputés inexistant dans une procédure judiciaire...».

Pour plus d'informations quant à la confidentialité des discussions, voir les articles suivants : N.A. Flatters, «Confidentiality in Mediation» (1995) 42 *Bencher's Advisory* (Law Society of Alberta) à la p. 6, A. Rudlin et K. L. Faglioni, «Confidentiality comes at a cost» (1995) 17 *National Law Journal* aux pp. B9-B11, B14, R. McConomy, «La portée et les limites de la confidentialité des séances en médiation» dans *Développement récent en médiation*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1996 aux pp. 111-117 et J.P. Rosenberg, «Keeping the lid on confidentiality : mediation privilege and conflict of laws» (1994) 10 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* aux pp. 157-182; D. A. Rudlin et al., «Attorney-Mediators Face Important Ethical Issues-Duties to Report Other Lawyers' Misconduct May Conflict With Obligations of Confidentiality» (1996) 19 *National Law Journal* aux pp. D9-D11.

Les insultes et les menaces ne doivent pas être tolérées. De plus, en cas d'arrêt des négociations, le médiateur s'assure que les parties ont suffisamment récupéré avant de reprendre le processus.

L'engagement éclairé

Avant de mettre par écrit les engagements d'une entente, le médiateur s'assure que les parties saisissent bien la portée de leurs engagements et les responsabilités qui en résultent. Si le médiateur a un doute raisonnable par rapport à un élément de l'entente, il est de son devoir de le signaler aux parties. Au besoin, le médiateur conseille aux parties de consulter un avocat ou tout autre expert avant de signer l'entente.

Respect des droits des tiers

Le médiateur vérifie qu'une entente ne contrevient pas aux droits des tiers et ne cause aucun préjudice aux parties non présentes aux discussions. Par exemple, une entente dans laquelle les parties prévoient l'utilisation des biens d'un tiers à son insu n'est pas acceptable, même si toutes les parties présentes en conviennent.

L'efficacité de l'intervention

Le médiateur utilise tous les moyens disponibles pour régler le conflit dans les plus brefs délais et au coût le plus raisonnable possible. En aucun cas il ne doit laisser durer inutilement un conflit. S'il ne se sent pas en mesure de gérer la médiation de façon efficace, il transmet le dossier à un autre médiateur qualifié.

Les relations entre professionnels

Le médiateur doit faire preuve de courtoisie envers les professionnels et experts engagés dans le processus de médiation en s'abstenant de démontrer toute apparence de critique ou de discrédit envers eux. En outre, il collabore pleinement dans l'échange d'information pertinente.

Cette liste, sans être exhaustive, comprend les éléments fréquemment relevés dans les codes de déontologie portant sur la médiation. Il n'est pas nécessaire qu'un code de déontologie contienne tous ces éléments. En fait, le contenu d'un code dépend de plusieurs facteurs, comme notamment le type de médiation. Ainsi, par exemple, le code de déontologie du BAPE ne contient pas de clause concernant la publicité des services du médiateur. Une telle clause n'est pas nécessaire puisque le BAPE est un organisme public qui n'a pas à vendre ses services. Cet exemple démontre bien que le niveau de conception et les éléments constitutifs d'un code dépendent de plusieurs facteurs connexes.

Quelques considérations influençant l'élaboration d'un code de déontologie

Les considérations qui devraient guider l'élaboration d'un code de déontologie sont nombreuses. Il y a d'abord les responsabilités du médiateur envers les parties et le public. De plus, la conception du rôle du médiateur représente une variable importante dans l'orientation d'un code de déontologie. Finalement, les sanctions possibles à la suite d'une dérogation du code sont également à retenir. Toutes ces considérations constituent des paramètres importants dans l'élaboration d'un code de déontologie.

Les responsabilités du médiateur

L'objectif d'un code de déontologie est de protéger les parties en leur assurant que l'intervention du médiateur respecte certaines règles de conduite. L'utilisation d'un tel code responsabilise le médiateur envers les parties. Dans le cas de la médiation publique, ce code doit aussi tenir compte de certaines responsabilités supplémentaires visant notamment à protéger la communauté. Une définition des responsabilités du médiateur s'avère donc une étape importante dans l'élaboration d'un code de déontologie.⁹

9. Pour plus d'informations générales quant à la responsabilité professionnelle du médiateur, voir les articles suivants : R. E. Nies, R. G. Greenberg, «The Liability of Mediators is Insettled» (1995) 17 National Law Journal aux pp. B9-B12; D. A. Rudlin, K. L. Faglioni, «Mediator Immunity Promotes ADR Access, Keeps Cost Low» (1994) 16 National Law Journal aux pp. C12-C13; P. Daignault, «Quelques réflexions sur la responsabilité professionnelle de l'avocat-médiateur et la couverture d'assurance» dans *Développements récents en médiation*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1996 aux pp. 73-92; L. R. Singer, «Immunity Imperils the Public

La responsabilité envers les clients

La responsabilité du médiateur envers les parties peut se résumer en trois considérations principales. Premièrement, le médiateur doit s'assurer que les parties comprennent adéquatement le processus dans lequel elles s'engagent avant de demander leur consentement à participer à la médiation. Deuxièmement, le médiateur doit respecter la nature volontaire des négociations ainsi que l'autonomie des parties à prendre leurs propres décisions. Enfin, il doit voir à ce que les parties comprennent bien l'entente dans laquelle elles s'engagent. Ces considérations visent à garantir aux parties que la médiation ne leur causera pas préjudice.

La responsabilité envers le public

Dans les cas où la médiation est utilisée pour les conflits ayant un impact sur une communauté, le médiateur doit considérer d'autres responsabilités. D'abord, le médiateur s'assure que l'information pertinente à la compréhension de la problématique est transmise au public. Ensuite, le processus de médiation doit être ouvert à toutes les parties impliquées dans le dossier. Finalement, le médiateur s'assure que les solutions retenues ne briment pas les intérêts des tiers non présents. Ces responsabilités, quant à elles, visent à protéger les citoyens non engagés dans les négociations mais qui peuvent être touchés par les décisions prises.

La conception du rôle du médiateur

La conception du rôle du médiateur a une influence majeure sur l'élaboration d'un code de déontologie. En effet, comme un tel code vise les interventions du médiateur et, par ailleurs, que le cadre de son intervention est déterminée par son rôle, la conception du rôle du médiateur devient le coeur du code de déontologie. Des médiateurs avec des rôles différents n'auront donc pas nécessairement un code similaire. Une définition préliminaire de ce rôle paraît donc essentielle à l'élaboration d'un code de déontologie.

Pour un médiateur, la vision de son rôle dépend d'abord de sa formation. Par exemple, un avocat-médiateur pourra avoir un souci plus élevé de l'aspect légal d'une entente qu'un psychologue-médiateur qui sera plutôt préoccupé par la relation entre les parties. La perspective avec laquelle on aborde la médiation dépend donc entre autres de la formation du médiateur. La conception du rôle du médiateur et, par extension, la vision d'un code de déontologie, peuvent varier ainsi d'un professionnel à l'autre.

Le type de médiation a aussi une influence importante sur la conception du rôle du médiateur. Par exemple, le BAPE offre la médiation en environnement où la transparence des rencontres représente une dimension importante. En revanche, un centre de médiation commercial pourra mettre davantage l'accent sur la confidentialité des discussions afin de protéger les intérêts privés des clients. On comprend dès lors que les divers types de médiation possèdent des particularités qui se refléteront nécessairement dans leur code de déontologie.

En considérant la variabilité de la formation des médiateurs ainsi que les différents types de médiations, l'élaboration d'un code unique peut apparaître difficile. Certes, les différences de conception du rôle du médiateur peuvent converger par la mise en commun des points de vue. Mais, il en est tout autrement des types de médiations. Ainsi, un code de déontologie approprié pour la médiation commerciale aurait peu de chance de s'adapter à la réalité de la médiation en environnement. Il existe cependant des principes communs qui peuvent s'appliquer à tous les médiateurs, comme le principe de neutralité. Il serait donc possible d'envisager la formulation de règles de conduites communes à tous les médiateurs.

Le code de déontologie et les sanctions

Comme nous venons de le voir, un code de déontologie doit guider les interventions du médiateur afin de protéger les parties ou le public contre d'éventuels préjudices. La question est maintenant de savoir ce qui se passe dans les cas où le médiateur contrevient au code de déontologie. Y a-t-il des sanctions de prévues ? En d'autres termes, quel devrait être le pouvoir d'un code de déontologie ?

Un code de déontologie n'a pas de pouvoir comme tel. Un médiateur qui contrevient au code n'est pas sujet à une quelconque sanction, à moins qu'il ne fasse partie d'une association ayant certains pouvoirs coercitifs. En effet, c'est seulement dans les cas où le médiateur fautif peut être réprimandé, mis à l'amende ou radié par son association que le code de déontologie a un réel pouvoir.¹⁰ Pour les parties, l'appartenance du médiateur à une telle association, constitue alors une garantie qu'il respecte certains principes éthiques.

Le pouvoir d'un code de déontologie découle donc du fait qu'il est adopté par une association et que son respect constitue une condition au maintien de l'inscription du membre. En cas de conduite non professionnelle de la part du médiateur, les parties insatisfaites peuvent porter plainte à l'association qui applique alors les sanctions prévues. On peut donc concevoir facilement que chaque association pourra élaborer son propre code de déontologie, et ce, d'autant plus que deux associations peuvent regrouper des médiateurs ayant une formation différente et couvrir un type différent de médiation.

CONCLUSION

Bien que l'on reconnaisse d'emblée la valeur d'un code de déontologie commun à tous les médiateurs pour l'avancement de la profession, l'élaboration d'un tel code n'est pas une tâche facile. Comme nous l'avons vue, la formation du médiateur, les divers types de médiation, l'interprétation du code de déontologie et les principes directeurs à inclure représentent des facteurs importants dans l'élaboration d'un tel code.

Le respect du code de déontologie peut aussi s'avérer problématique. En effet, le code seul n'est pas suffisant pour assurer un comportement approprié du médiateur. Pour être vraiment efficace, un code de déontologie doit être adopté par une association de médiateurs et l'adhésion doit être conditionnelle au respect du code. Seul un pouvoir coercitif peut assurer le respect des normes de conduite prescrites. La protection des parties et du public viendrait alors du fait

10. Il en est ainsi en général des professionnels appartenant à un ordre. Ainsi les avocats, lors d'un manquement au *Code de déontologie des avocats* seront sanctionnés par l'article 156 du *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26.

qu'en retenant les services d'un médiateur accrédité, ils auraient l'assurance que celui-ci respecte certaines normes de conduite.

Il faut cependant être prudent dans l'élaboration d'un code de déontologie général. Tout comme la conception du rôle du médiateur a une influence sur l'élaboration d'un tel code, la relation inverse est tout aussi vraie. Un code de déontologie influence également le rôle du médiateur. Un code qui met l'accent sur la confidentialité, par exemple, serait peu approprié pour la médiation publique et pourrait contraindre le médiateur à ne pas assumer son rôle de protection de l'intérêt public. Par ailleurs, le code, tout en étant un guide de décision pour le médiateur et une protection pour les parties, ne doit pas bloquer le rôle et l'efficacité du médiateur. Par conséquent, l'élaboration d'un code de déontologie commun paraît donc constituer une tâche complexe qui nécessitera une *médiation et un consensus* entre les médiateurs de formation et de pratiques différentes.

ANNEXE 1

NORMES DE CONDUITE ET D'ÉTHIQUE DES MÉDIATEURS AUX PETITES CRÉANCES

Rôle du médiateur

1. Le médiateur intervient auprès des parties comme personne-ressource pour favoriser une entente à l'amiable. A cette fin, il s'emploie à créer des conditions qui facilitent et permettent :
 - l'information des parties sur leur situation respective;
 - la communication entre elles sur leurs difficultés et leurs attentes réciproques;
 - la recherche et la négociation de solutions aux attentes et difficultés manifestées;
 - la conclusion par les parties, sur la base d'un libre consentement, d'une entente donnant effet, le cas échéant, aux solutions identifiées.

Dans l'exercice de son rôle, le médiateur est tenu de s'acquitter des devoirs et responsabilités prévus ci-après.

Devoirs et responsabilités du médiateur

2. Le médiateur doit, de façon manifeste, agir en tout temps de façon neutre et impartiale dans l'exercice de sa fonction.

Néanmoins, il lui appartient d'animer et de diriger toute séance de médiation de façon à favoriser une négociation efficace et franche entre les parties et l'émergence d'une solution acceptable pour les deux.
3. Le médiateur doit s'abstenir d'intervenir dans un litige où son impartialité ou sa neutralité pourraient être mises en doute, ou dans une situation où il risquerait de se trouver en conflit d'intérêt. Le cas

échéant, il doit en informer le greffier qui référera le dossier à un autre médiateur.

4. Le médiateur ne doit, par son attitude ou ses interventions, exercer d'influence ou paraître en exercer indûment sur les parties, ni effectuer de pression pour que les parties ou l'une d'elles adhèrent au processus de médiation.
5. Afin de respecter le libre arbitre des parties à toutes les étapes de la médiation, le médiateur doit veiller à ce que chacune soit informée :
 - des buts, de la nature et des conditions propres à l'intervention de médiation;
 - des étapes et des modalités entourant le déroulement d'une telle intervention;
 - de la faculté pour chacune, en tout temps et pour tout motif de son choix de recourir au tribunal.
6. Le médiateur doit veiller à ce que chaque partie ait la possibilité de s'exprimer pleinement et de faire valoir ses prétentions équitablement au cours de toute séance de médiation, tout en assurant le meilleur déroulement de la séance.
7. Le médiateur doit voir à ce que les parties puissent évaluer elles-mêmes, le plus justement possible, l'état de leur situation respective ainsi que la valeur pour chacune des propositions faites de part et d'autre, compte tenu des attentes exprimées.

Le médiateur doit notamment s'assurer que les termes de l'entente que les parties se proposent de conclure soient pleinement compris et acceptés par chacune d'elles.

8. Le médiateur doit considérer confidentiels les échanges intervenus avec et devant lui et les traiter comme tels.

9. Il n'appartient pas, en principe, au médiateur de juger de la valeur ou de l'opportunité de l'entente qui doit demeurer l'expression de la volonté des parties et leur "propriété".

Néanmoins, s'il est d'avis que l'entente :

- crée une situation de net déséquilibre pour une partie ou prête à des injustices manifestes;
- repose sur des informations incomplètes ou fausses;
- serait le résultat d'une négociation de mauvaise foi dont les résultats ne peuvent se justifier;
- est inopérante en raison de l'impossibilité d'en appliquer les termes, en raison de la loi ou autrement;

il doit en informer les parties, les inviter s'il y a lieu à prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation ou, s'il l'estime nécessaire à des fins d'intégrité, mettre fin à la démarche et se retirer du processus de médiation.

10. Le médiateur ne doit en aucun temps et de quelque façon, au cours d'une intervention de médiation, faire naître directement ou indirectement des doutes sur l'intégrité du rôle judiciaire de la Division des petites créances de la Cour du Québec et sur l'aptitude de celle-ci, le cas échéant, à décider en toute impartialité d'une demande soumise ou susceptible de l'être.
11. Afin de respecter l'équilibre entre les parties, seules celles-ci participent à la séance de médiation sans possibilité de se faire accompagner par un avocat. S'il s'agit d'une compagnie, un seul représentant sera admis. Toutefois, une partie peut être accompagnée d'une autre personne durant la médiation si cela s'avère nécessaire en raison de son âge, de sa langue ou d'un handicap.
12. Les médiations doivent normalement commencer à l'heure prévue. Cependant, si après trente minutes, il manque toujours une partie, la séance est annulée.

ANNEXE 2

Alberta Arbitration and Mediation Society Code of Professional Conduct for Mediators

APPLICATION

1. Membership in the Alberta Arbitration and Mediation Society requires explicit agreement to abide by this Code of Professional Conduct.
2. The following rules are Intended to govern the relations of Mediators with their clients, professional colleagues, and the general public so that all will benefit from high standards of practice. Members of the Alberta Arbitration and Mediation Society shall observe the spirit as well as the letter of provisions in this Code.
3. Members shall make this Code available to clients or the public upon request.

MEDIATION - DEFINITION

1. Mediation is defined as a non-adversarial and voluntary co-operative decision making-process in which an impartial third party - the mediator - assists the parties to resolve their disputes, it being understood that throughout the process the parties are responsible for decision-making, this being based on sufficient information and full-disclosure by the parties; it is the mediator's duty to ensure the mediation is being conducted on the basis of full disclosure.
2. Closed Mediation is defined to mean mediation that is conducted in private and on the basis of confidentiality, unless otherwise agreed upon by the parties and the mediator.

INTEGRITY - THE DUTY TO DISCLOSE

1. Mediators shall avoid any real, apparent or perceived conflict of interest.

2. Mediators shall disclose to the parties any biases relating to the issues to be mediated.
3. Mediators shall be bound by this Code as well as their professional codes of conduct where applicable.
4. Mediators may not mediate with individuals with whom they have a relationship. Including, but not limited to friends, relatives and colleagues, nor engage in relationships with the parties which could or would impair their professionalism and neutrality. Any prior existing relationship shall be disclosed by the mediator. Upon disclosure of the prior existing relationship, the mediator must not proceed with the mediation unless both parties agree and their own professional Codes so permit.
5. Mediators shall not mediate if the mediator has provided professional services to either of the parties, if the mediator was or is a member of a firm, association, business, organization, group or other like related entity which has or is presently delivering professional services or otherwise to either of the parties.
6. Mediators shall not provide professional services or otherwise to any parties to the mediation during or after the mediation.

MEDIATION PROCESS

1. Mediators shall fully explain mediation and the mediation process clearly, as well as the use of legal services other third parties, the appropriateness of mediation for the particular issue or issues and the availability of other more appropriate alternatives.
2. Mediators shall fully discuss the process of mediation including the conditions under which a party or the mediator may terminate the mediation.
3. Mediators shall be explicit as to the cost of mediation.

4. Mediators, if lawyers or members of other professional organization, shall advise the parties at the outset that the mediator is acting in the capacity of mediator and shall not be giving legal or other professional advice.
5. Mediators shall advise the parties as the terms and conditions under which the mediator will meet with the parties separately, communicate with their lawyers or other third parties, and whether other third parties will be allowed to participate in the mediation process.
6. Mediators shall recommend that the parties enter into an agreement to mediate which is to be signed by the parties and the mediator which will outline the terms and conditions under which the mediator will mediate and the mediation process will be conducted.

WRITTEN MEMORANDUM

1. Mediators may draft a Memorandum on the completion of mediation provided the parties so request.
2. Mediators shall not release the Memorandum until the parties have reviewed and approved the contents.
3. Mediators shall not request nor allow the parties to sign the Memorandum.
4. Mediators shall ensure any Memorandum provides that it is not meant to be binding in any way and that it is the responsibility of the parties to seek independent legal advice for the purpose of having the contents of the Memorandum reviewed and translated into a legally binding form.
5. Mediators will otherwise be bound by legislative procedures relating to the mediation process where applicable.

TERMINATION OF MEDIATION

1. Mediators shall terminate mediation when in the judgment of the mediator it is no longer of any utility. Either of the parties may terminate mediation at any time.

2. Mediators shall terminate mediation when it is apparent that to proceed will place a party at risk, harm or prejudice.
3. Mediators shall not withdraw their services except for good cause and on reasonable notice to the parties.

ADVERTISING

1. Mediators shall only make accurate statements relating to the mediation process, its costs and the the mediator's qualification
2. Mediators shall not falsely imply that membership in the Alberta Arbitration and Mediation Society constitutes accreditation or certification as a mediator.

COMPETENCE

1. Mediators shall require knowledge and procedural skills as defined by the Education Committee and adopted by the Board of Directors of the Alberta Arbitration and Mediation Society.
2. Mediators shall describe accurately to the parties their education, training and experience to mediate the issues as defined.

CONFIDENTIALITY

1. Mediators shall not voluntarily disclose to anyone who is not a party to the mediation any information obtained through the Mediation process, except non-identifying information for the purpose of education or research, or with the written consent of the parties, or when ordered to do so by a judicial authority with jurisdiction to compel such disclosure, or when required to do so by legislation or other law, or when the information discloses an actual or potential threat to human life or safety.
2. Mediators shall advise the parties that confidentiality cannot confer privilege and that absent legislative privilege, this cannot be guaranteed.

3. Mediators shall maintain confidentiality of records and files both current and in storage, and must ensure the confidentiality extends to their staff.

ABILITY TO MEDIATE

1. Mediators shall ensure that the parties reach a voluntary resolution freely, without duress or undue influence and on the basis of informed consent.
2. Mediators shall recommend that the parties to the mediation obtain independent legal and/or professional advice as required prior to commencing the mediation process and obtain same during the process as required.
3. Mediators shall ensure that the parties to the mediation are able to fully represent their interests in the mediation process.
4. Mediators shall manage the process to ensure balanced negotiations and shall not permit manipulative or intimidating negotiation techniques and in the event the mediator is not able to effectively end this, then the mediator has a duty to terminate the mediation.
5. Mediators shall ensure that the mediation is being conducted on the basis of full and frank disclosure and the mediation may not proceed or may be adjourned in order to provide for this.
6. Mediators shall advise the parties should any of their resolutions be inherently unfair or in the event the mediator cannot concur in the resolution, notwithstanding that it is the province of fully informed and competent parties to the mediation to come to a resolution based on their standard of fairness even though this may not be in accordance with community standards or legal guidelines.

INFORMATION, DISCLOSURE AND ADVICE

1. Mediators shall take steps to satisfy themselves that the parties are making decisions based on sufficient information, knowledge and advice.

2. Mediators shall not at any time provide the parties with any legal or other professional advice.
3. Mediators may provide general information which is otherwise available to the public.

FEES

1. Mediators shall fully explain the fees charged for mediation and any related costs.
2. Mediators shall not accept any commissions, rebates, or similar form of remuneration for referrals to mediation.
3. Mediators shall not base fees on the outcome of mediation.
4. Mediators collecting retainer fees shall promptly return any unearned fees to the parties upon the termination or completion of Mediation.

RELATIONSHIP WITH OTHER PROFESSIONALS

1. Mediators should respect the relationship between mediation and other professionals.
2. Mediators should endeavour to not mediate any dispute being mediated by another mediator without first making an attempt to consult with the other mediator or mediators.
3. Mediators, when co-mediating, should keep the other informed of developments to ensure a continuing co-operative environment.

ANNEXE 3

COLORADO COUNCIL OF MEDIATION ORGANIZATIONS

CODE OF PROFESSIONAL CONDUCT¹¹

Preamble

Mediation is an approach to conflict resolution in which an impartial third party intervenes in a dispute, with the consent of the parties, to aid and assist them in reaching a mutually satisfactory settlement to issues in dispute.

Mediation is a profession with ethical responsibilities and duties. Those who engage in the practice of mediation must be dedicated to the principle that all disputants have a right to negotiate and to attempt to determine the outcomes of their own conflicts. Mediators must be aware that their duties and obligations relate to the parties who engage their services, to the mediation process, to other mediators, to the agencies that administer the practice of mediation, and to the general public.

Mediators are often professionals (attorneys, therapists, and social workers) who have obligations under other codes of ethics. This code is not to be construed as a competitive code of behavior but as an additional guideline for professionals performing mediation. When mediating, professionals will be bound by the ethical guidelines of this code.

This code is not designed to override or supercede any laws or government regulations that prescribe responsibilities of mediators and others in the helping professions. It is a personal code of conduct for the individual mediator and is intended to establish principles applicable to all professional mediators employed by private, city, state, or federal agencies.

11. Élaboré par Christopher W. Moore, Associé, Center for Dispute Resolution, et adopté par le Colorado Council of Mediation Organizations, janvier 1982.

1. The Responsibility of the Mediator to the Parties

The primary responsibility, for the resolution of a dispute rests on the parties themselves. The mediator should recognize at all times that the agreements reached in negotiations are voluntarily made by the parties. It is the mediator's responsibility, to assist the disputants in reaching a settlement. At no time should a mediator coerce a party into agreement. The mediator should not attempt to make a substantive decision for the parties. Parties may, however, agree to solicit a recommendation for settlement from the mediator.

It is desirable that agreement be reached by negotiations without a mediator's assistance. Intervention by a mediator can be initiated by the parties themselves or by a mediator. The decision to accept mediation rests with the parties, except when mediation is mandated by legislation, court order, or contract.

Mediators will inform all parties of the cost of mediation services before intervention. Parties should be able to estimate the cost of the service in relation to that of other dispute resolution procedures.

Ideally, when costs are involved, the mediator should attempt to have parties agree to bear the costs of mediation equitably. When this is not possible, all parties should reach agreement as to payment.

2. Responsibility of the Mediator to the Mediation Process

Negotiation is an established procedure in our society as a means of resolving disputes. The process of mediation involves a third-party intervention into negotiations to assist in the development of alternative solutions that parties will voluntarily accept as a basis for settlement. Pressures that jeopardize voluntary action and agreement by the parties should not be a part of mediation.

The mediation Process. Mediation is a participatory process. A mediator is obliged to educate the parties and to involve them in the mediation process. A mediator should consider that such education and involvement are important

not only to resolve a current dispute but also to prepare the parties to handle future conflicts in a more creative and productive manner.

Appropriateness of Mediation. Mediation is not a panacea for all types of conflicts. Mediators should be aware of all procedures for dispute resolution and the conditions under which each is most effective. Mediators are obliged to educate participants as to their procedural options and to help them choose wisely the most appropriate procedures. The procedures should clearly match the type of outcome that is desired by the parties.

Mediator's Role. The mediator must not limit his or her role to keeping the peace or regulating conflict at the bargaining table. The mediator's role should be that of an active resource person whom the parties may draw on and, when appropriate, the mediator should be prepared to provide both procedural and substantive suggestions and alternatives that will assist the parties in successful negotiations.

Since the status, experience, and ability of the mediator lend weight to his or her suggestions and recommendations, the mediator should evaluate carefully the effect of interventions or proposals and accept full responsibility for their honesty and merit.

Since mediation is a voluntary process, the acceptability of the mediator to the parties as a person of integrity, objectivity, and fairness is absolutely essential for the effective performance of mediation procedures. The manner in which the mediator carries out professional duties and responsibilities will be a measure of his or her usefulness as a mediator. The quality of character as well as intellectual, emotional, social, and technical attributes will reveal themselves in the conduct of the mediator and in his or her oral and written communications with the parties, other mediators, and the public.

Publicity and Advertising. A mediator should not make any false, misleading, or unfair statement or claim as to the mediation process, its costs and benefits, or his or her role, skills, or qualifications.

Neutrality. A mediator should determine and reveal all monetary, psychological, emotional, associational, or authoritative affiliations that he or

she has with any of the parties to a dispute that might cause a conflict of interest or affect the perceived or actual neutrality of the professional in the performance of duties. If the mediator or any one of the major parties feels that the mediator's background will have or has had a potential to bias his or her performance, the mediator should disqualify himself or herself from performing the mediation service.

Impartiality. The mediator is obligated during the performance of professional services to maintain a posture of impartiality toward all involved parties. Impartiality is freedom from bias or favoritism either in word or action. Impartiality implies a commitment to aid all parties, as opposed to a single party, in reaching a mutually satisfactory agreement. Impartiality means that a mediator will not play an adversarial role in the process of dispute resolution.

Confidentiality. Information received by a mediator in confidence, private session, caucus, or joint session with the disputants is confidential and should not be revealed to parties outside the negotiations. Information received in caucus is not to be revealed in joint session without receiving prior permission from the party or person from whom the information was received.

The following exceptions shall be applied to the confidentiality rule : In the event of child abuse by one or more disputants or in a case in which a mediator discovers that a probable crime will be committed that may result in serious psychological or physical harm to another person, the mediator is obligated to report these actions to the appropriate agencies.

Use of Information. Because information revealed in mediation is confidential and the success of the process may depend on this confidentiality, mediators should inform and gain consent from participants that information divulged in the process of mediation will not be used by the parties in any future adversarial proceedings.

The mediator is also obligated to resist disclosure of confidential information in an adversarial process. He or she will refuse to testify voluntarily in any subsequent court proceedings and shall resist to the best of his or her

ability the subpoena of either his or her notes or person. This provision may be waived by the consent of all parties involved.

Empowerment. In the event that a party needs either additional information or assistance in order for the negotiations to proceed in a fair and orderly manner or for an agreement to be reached that is fair, equitable, and has the capacity to hold over time, the mediator is obligated to refer the party to resources-either data or persons-who may facilitate the process.

Psychological Well-Being. If a mediator discovers before or during mediation that a party needs psychological help, the mediator shall make appropriate referrals. Mediators recognize that mediation is not an appropriate substitute for therapy and shall refer parties to the appropriate procedure. Mediation shall not be conducted with parties who are either intoxicated or who have major psychological disorders that seriously impair their judgment.

The Law. Mediators are not lawyers. At no time shall a mediator offer legal advice to parties in dispute. Mediators shall refer parties to appropriate attorneys for legal advice. This same code of conduct applies to mediators who are themselves trained in the law. The role of an impartial mediator should not be confused with that of an attorney who is an advocate for a client.

The Settlement. The goal of negotiation and mediation is a settlement that is seen as fair and equitable by all parties. The mediator's responsibility to the parties is to help them reach this kind of settlement.

Whenever possible, a mediator should develop a written statement that documents the agreements reached in mediation. A mediator's satisfaction with the agreement is secondary to that of the parties.

In the event that an agreement is reached that a mediator feels (1) is illegal, (2) is grossly, inequitable to one or more parties, (3) is the result of false information, (4) is the result of bargaining in bad faith, (5) is impossible to enforce, or (6) may not hold over time, the mediator may pursue any or all of the following alternatives :

1. Inform the parties of the difficulties that the mediator sees in the agreement.
2. Inform the parties of the difficulties and make suggestions that would remedy the problems.
3. Withdraw as mediator without disclosing to either party, the particular reasons for the withdrawal.
4. Withdraw as mediator but disclose in writing to both parties the reasons for such action.
5. Withdraw as mediator and reveal publicly, the general reason for taking such action (bargaining in bad faith, unreasonable settlement, illegality, and so forth).

Termination of Mediation. In the event that the parties cannot reach an agreement even with the assistance of a mediator, it is the responsibility of the mediator to make the parties aware of the deadlock and suggest that negotiations be terminated. A mediator is obligated to inform the parties when a final impasse has occurred and to refer them to other means of dispute resolution. A mediator should not prolong unproductive discussions that result in increased time and emotional and monetary costs for the parties.

3. The Responsibility of the Mediator to other Mediators

A mediator should not enter any dispute that is being mediated by another mediator or mediators without first conferring with the person or persons conducting such mediation. The mediator should not intercede in a dispute merely, because another mediator may also be participating. Conversely, it should not be assumed that the lack of mediation participation by one mediator indicates a need for participation by another mediator.

In those situations in which more than one mediator are participating in a particular case, each mediator has a responsibility to keep the others informed of developments essential to a cooperative effort and should extend every possible courtesy to co-mediators.

During mediation, the mediator should carefully avoid any appearance of disagreement with or criticism of co-mediators. Discussions as to what

positions and actions mediators should take in particular cases should not violate principles of confidentiality.

4. The Responsibility of the Mediator to His or Her Agency and Profession

Mediators frequently work for agencies that are responsible for providing mediation assistance to parties in dispute. The mediator must recognize that as an employee of such agencies, the mediator is their representative, and that he or she will not be judged solely on an individual basis but also as a representative of an organization. Any improper conduct or professional shortcoming, therefore, reflects not only on the individual mediator but also on the employer, and in so doing, it jeopardizes the effectiveness of the agency, other agencies, and the acceptability of the mediation process itself.

The mediator should not use his or her position for personal gain or advantage or engage in any employment, activity, or enterprise that will conflict with his or her work as a mediator.

Mediators should not accept any money or item of value for the performance of services other than a regular salary or mutually established fee, or incur obligations to any party that might interfere with the impartial performance of his or her duties.

Training and Education. Mediators learn their trade through a variety of avenues-formal education, training programs, workshops, practical experience, and supervision. Mediators have the responsibility to constantly upgrade their skills and theoretical grounding and shall endeavor to better themselves and the profession by seeking some form of further education in the negotiation and mediation process during each year in practice.

A mediator should promote the profession and make contributions to the field by encouraging and participating in research, publishing, or other forms of professional and public education.

Expertise. Mediators should perform their services only in those areas of mediation in which they are qualified either by experience or by training.

Mediators should not attempt to mediate in an unfamiliar field or when there is risk of psychological, financial, legal, or physical damage to one of the parties due to the mediator's lack of experience.

A mediator is obligated to seek a co-mediator trained in the necessary discipline or refer cases to other mediators who are trained in the required field of expertise when he or she does not possess the required skills.

Voluntary Services. A mediator is obligated to perform some voluntary service during each year of practice to provide assistance to those who cannot afford to pay for mediation and to promote the field. It is left to the individual mediator to determine the amount and kind of service to be rendered for the good of the profession and of society.

Mediators should cooperate with their own and other agencies in establishing and maintaining the quality, qualifications, and standards of the profession. Mediators should participate in individual and agency evaluations and should be supervised either by an agency, a mutually established peer, or the professional organization's board of ethics. Mediators involved in any breach of this code of conduct should notify their agency of the breach. Mediators hearing of violations of this code of ethics should also report this information to their agency or the board of ethics.

5. Responsibility of the Mediator to the Public and Other Unrepresented Parties

Negotiation is in essence a private, voluntary process. The primary, purpose of mediation is to assist the parties in achieving a settlement. Such assistance does not abrogate the rights of the parties to resort to economic, social, psychological, and legal sanctions. However, the mediation process may include a responsibility of the mediator to assert the interest of the public or other unrepresented parties in order that a particular dispute be settled, that costs or damages be alleviated, and that normal life be resumed. Mediators should question agreements that are not in the interest of the public or other unrepresented parties whose interests and needs should be and are not being considered. Mediators should question whether other parties' interests or the parties themselves should be present at negotiations. It is understood, however, that the mediator does not regulate or control any of the content of a negotiated agreement.

A mediator shall not use publicity to enhance his or her own position. When two or more mediators are mediating a dispute, public information should be managed by a mutually agreeable procedure.